Die Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walter Gerber

Referendar aus Breslau

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1931

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Süß

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Erstes Kapitel:

Begriff der Gefahrtragung, ihre Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere beim Kauf im allgemeinen 1

Zweites Kapitel:

Die Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen 6

Drittes Kapitel:

Die Gefahrtragung bei auflösend bedingten Kaufverträgen 34

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0147

Literatur.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. 1930.

Adler: Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 72 (1912) S. 388 ff.

Altsmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 13. Aufl. 1922.

Benjamin: Die Verteilung der Gefahr beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jur. Diss. Leipzig 1907.

Bothe: Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reiches. Jur. Diss. Rostock 1899.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 7. Aufl. 1922.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung und Allgemeiner Teil, 1900. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I: Allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1906; Bd. II: Die Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1915, bearbeitet von Raape.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesezbuchs. Bd. III, 2. Teil. 2. Aufl. 1913.

Ebbecke: Übersendung und Übereignung beim Kaufgeschäft. Im Recht 1919 S. 303 f.

Eisser: Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag. In Rechtsvergleichender Darstellung 1927.

Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag. 1899.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus (Kipp-Wolff): Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil, 25.—29. Aufl. 1926; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 31.—35. Aufl. 1930, bearbeitet von Lehmann.

Fedden: Der Übergang der Gefahr beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jur. Diss. Leipzig 1909.

Fischer, H. A.: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. 1904.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. 1927.

Frankenburger: Zur Lehre vom Kaufvertrag nach Bürgerlichem und Handelsrecht. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 65 (1900) S. 409 ff.

Fröhlich: Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jur. Diss. Erlangen 1906.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. III. Bd.: Schuldrecht. 1917.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. 1903.
Hanke: Das Sonderrecht des Viehkaufes. 1910.
Hartzem: Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. Jur. Diss. Leipzig 1903.
Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Abt.: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1900; 2. Abt.: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1905.
Heiliger: Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen. Jur. Diss. Erlangen 1899.
Kleinadam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1900.
Kisch, Wilhelm: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
— Das Recht der Schuldverhältnisse von Oertmann. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 28 (1901) S. 257 ff.
Klasen: Die Gefahrtragung bei auflösend bedingten Käufen. Jur. Diss. Greifswald 1914.
Kluckhohn: Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. In Jherings Jahrb. Bd. 64 (1914) S. 114 ff.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1906.
Kramer: Die Gefahrtragung beim Kauf. Jur. Diss. Erlangen 1911.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. In Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 101 (1907) S. 1 ff.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Bd. I. 2. Aufl. 1903.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Hälfte. 1904.
Martinius: Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe. In Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 17 S. 50 ff.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I: Allgemeiner Teil, 1888; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899.
Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. I. 2. Aufl. 1904.
Muskat: Zur Lehre vom Kauf auf Probe. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 205 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I. 6. Aufl. 1912.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse Teil 2, 5. Aufl. 1929.
— Das Kaufgeschäft. In Ehrenbergs Handb. des ges. Handelsrechts Bd. IV Teil 2.
— Leistungshandlung und Leistungserfolg. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 93 (1929) S. 357 ff.
Offermann: Die Gefahrtragung beim Kauf nach römischem und bürgerlichem Recht. Jur. Diss. Heidelberg 1908.

Passauer: Der Kauf auf Probe, nach dem neuen bürgerlichen Rechte. Jur. Diss. Erlangen 1904.
Paßmann: Die Gefahr beim bedingten Kaufe. Jur. Diss. Greifswald 1901.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913; Bd. II, 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1914; Bd. II, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1928.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (RGRKomm.). Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2. 7. Aufl. 1929.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1929.
Scherer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.
Schühly: Die Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalt. Jur. Diss. Heidelberg 1910.
Sinzheimer: Die Gefahrtragung bezüglich der sofort übergebenen bedingt verkauften Sache. In der Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1915 S. 682 f.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I. 4. Aufl. 1929.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. III. 12. u. 13. Aufl. 1927.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. Bd. I: Allgemeiner Teil, erläutert von Löwenfeld und Rießler, 9. Aufl. 1925; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil (§§ 241—432), erläutert von Werner, 9. Aufl. 1930; Bd. II, 2. Teil (§§ 433—630), erläutert von Kober und Nipperdey, 9. Aufl. 1928.
Stern: Die Gefahrtragung. Marburger Preisschrift. 1910.
Theißen: Der Übergang der Gefahr beim Kaufe. Jur. Diss. Leipzig 1904.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. 1900.
Wagenführ: Die Bedingungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Erlangen 1897.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. 2. Aufl. 1930.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 9. Aufl. 1906; Bd. II. 9. Aufl. 1906.
Wismeyer: Das Prinzip des Gefahrüberganges beim Kauf. Diss. Erlangen 1910.
Wollstadt: Die auflösende Bedingung. Diss. Heidelberg 1908.

Erstes Kapitel.

Begriff der Gefahrtragung, ihre Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere beim Kauf im allgemeinen.

Der Untergang oder die Verschlechterung eines Gegenstandes mag wirtschaftlich für die Allgemeinheit oder für einzelne Personen nachteilige Folgen haben. Von einem Schaden im Sinne des Privatrechts kann jedoch erst dann die Rede sein, wenn der Gegenstand zu einer Privatperson in einer rechtlichen Beziehung gestanden hat bzw. noch steht.

Diese rechtliche Beziehung kann sein eine unmittelbare und eine mittelbare. Unmittelbar ist die rechtliche Beziehung des Gegenstandes zu einer Privatperson, wenn der Privatperson an dem Gegenstande ein absolutes Recht zusteht, so stets dann, wenn der Gegenstand — ist er eine Sache — einen Eigentümer, — ist er keine Sache — einen Inhaber hat.

Ist der Gegenstand Objekt absoluter Rechte und geht er ganz oder teilweise unter, so erwächst für die Träger dieser Rechte der Schaden, daß sie ihre Rechte, dem Untergange des Objektes entsprechend, verlieren. Tritt nur eine Verschlechterung des Gegenstandes ein, so besteht der Schaden darin, daß das absolute Recht nun an diesem verschlechterten und damit in der Regel minderwertigeren Objekt fortbesteht.

Da alle Güter dieser Welt den Todeskeim in sich tragen, so besteht auch für jeden Gegenstand absoluter Rechte die Möglichkeit der Verschlechterung und des Unterganges, deren Verwirklichung für die Träger der absoluten Rechte den bereits erwähnten Schaden verursachen würde. Diese, in einzelnen Fällen vielleicht sehr unwahrscheinliche Möglichkeit des Eintritts eines den Gegenstand vernichtenden oder ihn verschlechternden Ereignisses bezeichnet man als „Gefahr“. Von Gefahrtragung spricht man hier,

um damit zum Ausdruck zu bringen, daß die nachteiligen Folgen des Ereignisses die Träger der absoluten Rechte treffen würden [1]).

Die Art und Weise der Einwirkung eines möglichen Unterganges und einer möglichen Verschlechterung des Gegenstandes auf die unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt haben wir jedoch in der Regel nicht im Auge, wenn wir von Gefahrtragung reden. Denn daß der durch den Untergang bzw. die Verschlechterung des Gegenstandes verursachte Schaden zunächst die Träger der absoluten Rechte trifft (sog. periculum rei), entspricht der Natur der Dinge [2]) und bedarf infolgedessen keiner besonderen Hervorhebung. Besondere Bedeutung erlangt die Frage, wer die Gefahr trägt, aber dann, wenn der Gegenstand nicht nur in unmittelbarer, sondern auch in mittelbarer rechtlicher Beziehung zu Rechtssubjekten steht, d. h. wenn er Objekt eines Schuldverhältnisses ist.

Wird nämlich ein Vertrag über die Leistung eines bestimmten Gegenstandes geschlossen und nicht zugleich erfüllt, so ist der zu leistende Gegenstand in dem mehr oder weniger großen Zeitraum zwischen dem Abschluß und der Erfüllung des Vertrages sowohl mit dem Vermögen des Schuldners wie mit dem des Gläubigers verknüpft [3]). In dieser Zwischenzeit ändert sich aber an der Möglichkeit des Unterganges und der Verschlechterung des Gegenstandes nichts. Der Untergang bzw. die Verschlechterung des Gegenstandes kann nun herbeigeführt werden durch Ereignisse,

---

[1]) In der Regel wird allerdings ganz allgemein unter „Gefahr" die Möglichkeit des „zufälligen" Unterganges und der „zufälligen" Verschlechterung eines Gegenstandes und unter „Zufall" ein von den „Beteiligten" nicht zu vertretender Umstand verstanden. (So insbes. Benjamin a. a. O. S. 1.) Wenn im Text das Zufällige des Ereignisses als Begriffsmerkmal der Gefahr nicht besonders hervorgehoben wird, so beruht dies auf der Erwägung, daß die Hervorhebung des Zufälligen zu der Meinung führen könnte, es gebe auch solche den Untergang bzw. die Verschlechterung des Gegenstandes herbeiführende Ereignisse, die der Inhaber des absoluten Rechts als solcher zu vertreten habe. Vom Inhaber des absoluten Rechts als solchem zu vertretende Umstände gibt es aber nicht. Denn wenn ich sage, daß A einen Umstand zu vertreten habe, so taucht doch zugleich die Frage auf, wem gegenüber A diesen Umstand zu vertreten hat. Erforderlich ist also eine rechtliche Beziehung zu einem Dritten, dem gegenüber A die Vertretungspflicht obliegt. Hier aber, wo es sich um das sog. periculum rei handelt, kommt nicht das Verhältnis des Trägers absoluter Rechte zu anderen Personen, sondern nur die unmittelbare rechtliche Beziehung zum Rechtsobjekt selbst in Betracht, und diesem gegenüber ist das Rechtssubjekt weder für sein Verhalten noch für das Verhalten anderer Personen verantwortlich.

[2]) Fedden a. a. O. S. 3; Stern a. a. O. S. 4.

[3]) Benjamin a. a. O. S. 1.

deren Eintritt eine Partei, oder durch solche, deren Eintritt keine Partei zu vertreten hat, d. h. also auf Zufall beruht. In letzterem Falle erhebt sich zunächst die Frage, ob und wie der Untergang bzw. die Verschlechterung des Leistungsgegenstandes auf die Verpflichtung zur Leistung einwirkt, wessen Vermögen also durch den Untergang bzw. die Verschlechterung eine Einbuße erleidet, m. a. W. wer die Gefahr trägt [4]). Wird der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung des Gegenstandes frei, so hat der Gläubiger, wenn nicht, so hat der Schuldner die Gefahr zu tragen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch trägt der Gläubiger die Gefahr [5]). Denn § 275 BGB. bestimmt, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden, vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Untergang und Verschlechterung des Leistungsgegenstandes sind aber Fälle von gänzlicher und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung [6]).

Diese in § 275 BGB. getroffene Regelung gilt sowohl für einseitige wie für gegenseitige Verträge [7]). Auch bei gegenseitigen Verträgen wird der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung ganz oder teilweise frei, wenn der Gegenstand zufällig untergeht oder zufällig verschlechtert wird. Da aber bei gegenseitigen Verträgen die Parteien sich gegenseitig zu Leistungen verpflichten, die in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, so erhebt sich hier die weitere Frage, ob der Vertragsgegner zu seiner vollen Gegenleistung auch in dem Falle verpflichtet ist, wenn er infolge eines zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung des ihm geschuldeten Gegenstandes nichts bzw. nur den verschlechterten Gegenstand erhält. Diese Frage bezeichnet man bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere beim Kaufvertrage gewöhnlich als die Frage nach der Gefahrtragung [8]).

Die Frage nach der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen ist in § 323 BGB. dahin entschieden, daß der Schuldner des untergegangenen bzw. verschlechterten Gegenstandes die Gefahr trägt,

---

[4]) Benjamin a. a. O. S. 1.

[5]) Eisser a. a. O. § 1 I S. 3; Fröhlich a. a. O. S. 14; Heiliger a. a. O. S. 11.

[6]) Endemann I § 159 a Anm. 21 S. 946; Klasen a. a. O. S. 11; Planck, Kommentar Bd. II Teil 1 Vorbem. vor §§ 275—292 IV, 1 c S. 213; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 73.

[7]) Eisser a. a. O. § 1 I S. 3.

[8]) Benjamin a. a. O. S. 2; Eisser § 1 II S. 3; Endemann I S. 704 Anm. 25; Klasen a. a. O. S. 11; Wollstadt a. a. O. S. 52.

d. h. die Gegenleistung nicht erhält, wenn seine Verpflichtung zur Leistung infolge des zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes erloschen ist, bzw. entsprechend dem Werte des verschlechterten Gegenstandes erhält, wenn seine Verpflichtung zur Leistung infolge der zufälligen Verschlechterung oder des teilweisen Unterganges des Leistungsgegenstandes teilweise erloschen ist [9]).

Auch § 323 gilt, ähnlich wie § 275, für alle gegenseitigen Verträge, soweit nicht Sondervorschriften Platz greifen. Solche Sondervorschriften stellt das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kauf von Sachen (und von Rechten an Sachen, die zum Besitz der Sachen beerchtigen [10])) auf, und zwar hinsichtlich des Zeitpunktes des Gefahrüberganges [11]), d. h. des Zeitpunkts, bis zu dem der Verkäufer, von dem an der Käufer die Gefahr tragen, also den Kaufpreis zahlen muß, obwohl nun die Sache untergeht oder verschlechtert wird. Denn während nach § 323 die Gefahr erst in dem Zeitpunkte, in welchem der Schuldner seinerseits vollständig erfüllt hat, auf den Gläubiger übergeht, ist für den Gefahrübergang beim Kauf von Sachen prinzipiell der Zeitpunkt der Übergabe [12]) entscheidend (§ 446 I, 1 BGB.) [13]). Schon vor der Übergabe kann aber die Gefahr

---

[9]) Wenn im folgenden von einer Gefahrtragung im technischen Sinne die Rede ist, so ist damit die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen gemeint.

[10]) Vgl. § 451 BGB.

[11]) Fischer-Henle § 446 Anm. 3; Klasen a. a. O. S. 13.

[12]) Die Übergabe, d. h. Übertragung des unmittelbaren Besitzes muß zwar auf Grund des Kaufvertrages erfolgen, braucht aber kein Eigentum zu verschaffen. Andernfalls wäre der Sinn des Wortes „Übergabe" im Abs. 1 des § 446 ein anderer als im Abs. 2, wo die Übergabe in Gegensatz zu der Eigentumsverschaffung gestellt wird. Eine solche verschiedene Bedeutung desselben Wortes in demselben Paragraphen ist aber nicht anzunehmen. So auch Staudinger-Kober Bd. II, 2 § 446 Anm. I, 1b; Stern a. a. O. S. 61; Emerich a. a. O. S. 44; Fedden a. a. O. S. 17; Adler a. a. O. S. 399; Fröhlich a. a. O. S. 16 f.; Theissen a. a. O. S. 11.

[13]) Die Gefahr geht auch bei der Besitzübertragung nach § 854 II und der brevi manu traditio des § 929 Satz 2 auf den Käufer über. Denn durch beide Akte erlangt der Käufer dieselbe tatsächliche Gewalt als Eigenbesitzer wie durch die handgreifliche Besitzübertragung. Der Gefahrübergang ist aber auch anzunehmen bei einer Übereignung durch constitutum possessorium (§ 930 BGB.) und durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 933 BGB.). Denn an sich braucht sich der Käufer auf eine solche Erfüllung des Kaufvertrags nicht einzulassen, es sei denn im Kaufvertrage etwas anderes vereinbart. Ist aber letzteres der Fall oder läßt sich der Käufer trotz Fehlens einer Vereinbarung auf eine solche die Besitzübertragung betreffende Erfüllung des Kaufvertrages ein, so ist es gerecht und billig, daß in diesem Augenblicke auch die Gefahr auf den Käufer übergeht. Denn der Verkäufer als solcher hat alles getan, was unter den obwaltenden Umständen ihm hat zugemutet

auf den Käufer übergehen beim Grundstückskauf, wenn der Käufer als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird [14]), und beim Versendungskauf, wenn der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Abgesehen von den den Zeitpunkt des Gefahrüberganges abweichend von § 323 regelnden Vorschriften der §§ 446, 447 (451) enthält das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 433—514 keine bebesonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung bei Kaufverträgen. Insbesondere hat es die Frage unentschieden gelassen, wann die Gefahr im Falle eines bedingten, d. h. eines solchen Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, dessen Wirkungen ihrem Ent- bzw. Bestehen nach von einem durch die Vertragsparteien willkürlich gesetzten, zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig sein sollen. Auch aus den Motiven ist für die Entscheidung dieser Frage kein fester Anhalt zu gewinnen. Es heißt da nur, daß die Frage, wie es sich mit der Gefahrtragung verhalte, falls während schwebender Bedingung die Sache dem Käufer übergeben worden ist, besser an der Hand der einschlagenden Vorschriften der Wissenschaft und Praxis zur Lösung überlassen bleibe [15]). Als einschlagende Vorschriften kommen naturgemäß die vom Gesetz aufgestellten Bestimmungen über die Bedingungen und die Regeln über den Kauf in Betracht. An ihrer Hand ist demnach die Frage nach der Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen zu entscheiden, und zwar, da die Bedingung eine aufschiebende und eine auflösende sein kann, die Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend wie bei auflösend bedingten Kaufverträgen.

---

werden können. So auch Schollmeyer a. a. O. S. 18; Fröhlich a. a. O S. 37 f.; Offermann a. a. O. S. 10 f.; Martinius a. a. O. S. 55; Kisch a. a. O. S. 62; Crome II § 213, 5 S. 416; Theissen a. a. O. S. 13; Titze a. a. O. S. 256 f.; Soergel I § 446 Anm. 1 S. 776; Oertmann, ZHR. 93, 391 f.; Passmann a. a. O. S. 34.

[14]) Eintragung als Eigentümer genügt ohne Rücksicht darauf, ob die der Eintragung zugrunde liegende Auflassung rechtsgültig ist oder nicht. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaute des § 446 II BGB. So auch Benjamin a. a. O. S. 6; Endemann I § 159 a Anm. 47 S. 955.

[15]) Mot. Bd. II S. 324.

Zweites Kapitel.

Die Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen.

Ist ein Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden, so treten die Wirkungen des Vertrages erst in dem Augenblicke ein, in dem die Bedingung eintritt (§ 158 I BGB.). Bis zum Bedingungseintritt ist es ungewiß, ob der Kaufvertrag Rechtswirkungen äußern wird oder nicht. Fällt die Bedingung aus, so ist kein Kauf zustande gekommen, der Verkäufer mithin nicht verpflichtet, die Verkäuferpflichten zu erfüllen, und der Käufer nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Diese Folgen des Bedingungsausfalls treten stets ein, insbesondere auch dann, wenn die Kaufsache in der Zwischenzeit, d. h. in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Bedingungsausfall zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist. Mithin kann sich die Frage nach der Gefahrtragung hier nicht erheben [1]). Denn sie setzt einen wirksamen Kaufvertrag voraus, und ein solcher ist wegen Bedingungsausfalls nicht vorhanden.

Tritt dagegen die Bedingung ein, so äußert der Kaufvertrag die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen. Der Verkäufer muß die Kaufsache dem Käufer übergeben und übereignen und letzterer dem ersteren den Kaufpreis zahlen. Diese Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises erlischt jedoch ganz oder teilweise, wenn die Kaufsache in der Zeit vor Erfüllung des Kaufvertrages seitens des Verkäufers — sei es vor, sei es nach Bedingungseintritt — zufällig untergeht oder verschlechtert wird, sofern sie vor dem ihren zufälligen Untergang bzw. ihre zufällige Verschlechte-

---

[1]) Titze a. a. O. S. 258; Stern a. a. O. S. 91; Enneccerus-Lehmann Bd. II § 103. 2b S. 353; Theissen a. a. O. S. 48; Warneyer, Komm. I § 446 Anm. 2 S. 847; Kluckhohn a. a. O. S. 115; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Kramer a. a. O. S. 37.

rung herbeiführenden Ereignisse weder dem Käufer übergeben noch — ist sie ein Grundstück — im Grundbuch auf den Namen des Käufers umgeschrieben, noch — ist sie eine bewegliche Sache — dem Verlangen des Käufers gemäß vom Erfüllungsort aus an einen anderen Ort versendet worden ist. Denn in diesem Falle sind die vom Gesetz in den §§ 446, 447 BGB. für den Gefahrübergang aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt: Mithin trägt nicht der Käufer, sondern der Verkäufer die Gefahr [2]).

Aber auch im Falle, daß eine der in den §§ 446, 447 BGB. für den Gefahrübergang aufgestellten Voraussetzungen im Zeitpunkt des Bedingungseintritts vorliegt, bereitet die Frage nach der Gefahrtragung dann keine Schwierigkeit, wenn die Kaufsache vor Eintritt der Bedingung weder zufällig untergegangen noch zufällig verschlechtert worden ist. Denn vom Zeitpunkte des Bedingungseintritts an liegt ein unbedingter Kaufvertrag vor und trägt der Käufer die Gefahr, da die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Für die Zeit vor Bedingungseintritt aber bedarf es der Entscheidung der Frage nach der Gefahrtragung infolge der Nichtverwirklichung der Gefahr nicht.

Ist jedoch die Kaufsache zufällig untergegangen oder verschlechert worden in der Zeit vor Bedingungseintritt aber nach erfolgter Übergabe der Sache an den Käufer, bzw. — ist die Sache ein Grundstück — nach Eintragung des Käufers als Eigentümer in das Grundbuch, bzw. — ist die Sache eine bewegliche — nach auf Verlangen des Käufers erfolgter Versendung der Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort [3]), so erhebt sich nach Bedingungseintritt die Frage, ob der Käufer trotz des vor Bedingungseintritt erfolgten zufälligen Unterganges bzw. trotz der in dieser Zeit erfolgten zufälligen Verschlechterung der Sache den Kaufpreis voll und ganz zahlen muß, d. h. also, bis zu welchem Zeitpunkte der Verkäufer, von welchem Zeitpunkte an der Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache trägt. Diese Frage bezeichnet man als die Frage nach der Gefahrtragung bei

---

[2]) Stern a. a. O. S. 91; Benjamin a. a. O. S. 31.

[3]) Daß eine dieser vom Gesetze für den Gefahrübergang beim Kaufe als erforderlich aufgestellten Voraussetzungen auch im Falle des aufschiebend bedingten Kaufvertrages gegeben sein muß, damit die Frage nach dem Gefahrübergang überhaupt entstehen kann, wird allgemein anerkannt. So von Planck Bd. II, 2 § 446 Anm. 2c S. 676 ff.; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Staudinger-Kober II, 2 § 446 Anm. 3 S. 89; RGRKomm. Bd. II § 446 Anm. 4 S. 44; Kramer a. a. O. S. 36.

aufschiebend bedingten Kaufverträgen. Sie soll im folgenden erörtert werden, und zwar der Einfachheit halber zunächst für den Fall, daß die Sache dem Käufer vor Gefahrverwirklichung übergeben worden ist.

Als Zeitpunkt des Gefahrüberganges bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen kommen in Betracht der Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Käufer und der des Bedingungseintritts.

Nimmt man an, daß die (vor Bedingungseintritt erfolgte) Übergabe der Sache den Gefahrübergang für den Fall des Bedingungseintritts zur Folge habe [4]), so kommt man zu dem Ergebnis, daß, wenn vor Bedingungseintrit die Sache zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, der Käufer dennoch nach Beendigungseintritt den vollen Kaufpreis zahlen müsse. Dem Wortlaut des § 446 BGB. entspricht diese Ansicht allerdings nicht. Denn § 446 setzt einen bereits wirksamen Kaufvertrag, auf Grund dessen die Sache übergeben wird, voraus, damit mit der Übergabe zugleich die Gefahr auf den Käufer übergeht. Beim aufschiebend bedingten Vertrage treten indes die Vertragswirkungen erst im Augenblicke des Bedingungseintritts ein.

Ist aber § 446 BGB. auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar, so bleibt zu prüfen, ob seiner entsprechenden (analogen) Anwendung Bedenken engegenstehen. Die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift auf einen Fall mit abweichendem Tatbestand setzt voraus, daß der Grundgedanke der für die analoge Anwendung in Betracht kommenden Vorschrift unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen reiner entwickelt wird und daß der Fall, auf den dieser so geläuterte Grundgedanke angewendet werden soll, von dem im Gesetz entschiedenen nur unwesentlich abweicht, das Ergebnis auch gerecht erscheint [5]). Der Grundgedanke des § 446 BGB. ist „der, daß dem Verkäufer für die Sache, die er aus der Hand gegeben hat und für die er daher nicht mehr die tatsächliche Fürsorge ausüben kann, auch nicht die Verantwortung mehr aufgebürdet bleiben soll" [6]). Dieser Grundgedanke des § 446 BGB. trifft auch für den Fall des aufschiebend bedingten

---

[4]) Diese Ansicht wird vertreten von Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 87 ff.; Adler a. a. O. S. 413; Ebbecke a. a. O. S. 307; Sinzheimer a. a. O. S. 682 f.; Soergel I § 446 Anm. 2 S. 776; Scherer a. a. O. § 446 Anm. 5 S. 491.

[5]) Enneccerus I § 53 II, 1 a S. 116 f.

[6]) Rosenthal, Anhang zu § 446 II S. 126; ebenso O. v. Gierke III § 192 Nr. 2 S. 448 f.; RGRKomm. Bd. II § 446 Anm. 4 S. 44; Staudinger-Kober Bd. II, 2 § 446 Anm. I, 1 S. 85.

Kaufvertrages für die zwischen der Übergabe der Sache und dem Bedingungseintritt liegende Zeit zu. Denn mit der während des Schwebezustandes erfolgten Übergabe der Sache an den Käufer hat der Verkäufer die tatsächliche Gewalt über die Sache zugunsten des Käufers aufgegeben und damit die Möglichkeit verloren, auf die Sache unmittelbar einzuwirken. Hinsichtlich der Behandlung und Aufbewahrung der Sache ist er also nunmehr auf die Sorgfalt und den guten Willen des Käufers angewiesen. Daß der Vertrag unter aufschiebender Bedingung geschlossen worden ist und daher die Wirkungen des Vertrages zur Zeit der Übergabe noch ausstehen, erscheint dem Grundgedanken des § 446 BGB. gegenüber als unwesentlich. Hinzu kommt, daß zufolge des § 459 BGB. der Käufer, wenn die Gefahr erst mit dem Bedingungseintritt auf ihn überginge, nach Jahren oft noch Mängelrügen erheben und Klagen auf Wandlung geltend machen könnte [7]), ein Ergebnis, das auch nicht billig erscheint. Wenn trotz all dieser für den Analogieschluß sprechenden Umstände die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 446 BGB. auf den vorliegenden Fall verneint wird, so beruht dies auf folgender Erwägung: Damit ein Analogieschluß als gerechtfertigt erscheint, ist erforderlich, daß das Gesetz eine Lücke enthält [8]), daß also der konkrete Fall unter keine der im Gesetz aufgestellten, für ihn in Betracht kommenden Vorschriften unmittelbar fällt. So geartet ist aber der vorliegende Fall nicht. Denn auf ihn finden Vorschriften des Gesetzes unmittelbare, nicht bloß entsprechende Anwendung. Welche Vorschriften dies sind, werden die späteren Ausführungen ergeben.

Wenn aber die Ansicht, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der Sache auf den Käufer auch dann übergeht, wenn die Übergabe vor Eintritt der Bedingung erfolgt, sich nicht mit § 446 BGB. begründen läßt, so bleibt zu ihrer Begründung immer noch der Hinweis darauf übrig, daß sie dem wahren Willen der Parteien entspreche und daher als vereinbart gelten müsse. Diese Begründung wählen auch Düringer-Hachenburg [9]). Nach ihnen soll gerade aus der Tatsache, daß der Verkäufer dem Käufer den Kaufgegenstand schon vor Eintritt der Bedingung übergebe, zu entnehmen sein, daß der „wohlverstandene Wille der Parteien" auf Zurückziehung berechnet sei. Ganz un-

[7]) Dies hebt insbes. Sinzheimer a. a. O. S. 684 hervor.

[8]) Fischer-Henle, Einl. S. XXXIV; Enneccerus I § 53 I, 3 S. 116.

[9]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 87 ff.

zweifelhaft sei dies, wenn während der Schwebezeit dem Käufer das Recht zustände, die Sache zu gebrauchen. In einem solchen Falle behandeln die Parteien nach Düringer-Hachenburg praktisch den Verkauf als unbedingt. Es sei daher auch nicht einzusehen, weshalb nicht die Gefahr im normalen Zeitpunkt übergehen solle. Anders soll nach Düringer-Hachenburg nur dann zu entscheiden sein, wenn die Parteien trotz der Übergabe den Kauf praktisch noch nicht als perfekt betrachteten. Das sei z. B. der Fall, wenn dem Käufer ausdrücklich die Befugnis des Gebrauchs vom Verkäufer nicht übertragen und ihm die Sache nur aus Bequemlichkeitsrücksichten übergeben sei. Dieser letztere Fall sei aber die Ausnahme; für dessen Vorliegen sei der Käufer beweispflichtig. Sollte ihm dieser Nachweis gelingen, so würde die Gefahr des Unterganges und die der Verschlechterung beim Verkäufer geblieben sein, d. h. also, erst im Augenblicke des Bedingungseintritts auf den Käufer übergehen. Nach Adler[10]) wird in Fällen, in denen der Verkäufer während des Schwebezustandes dem Käufer die Sache übergibt, die „Parteiintention", zumal im Handelsverkehr, stets für die Gefahrtragung des Käufers sprechen.

Die Ausführungen Düringer-Hachenburgs und Adlers sind aber nicht überzeugend genug, um die Ansicht, daß die Übergabe den Gefahrübergang in der Regel auch dann nach sich ziehe, wenn sie vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, zu rechtfertigen. Wohl können die Parteien von der gesetzlichen Regelung des § 446 abweichende Vereinbarungen über die Gefahrtragung treffen. Denn § 446 BGB. besagt nicht, daß nur, wenn die in ihm vom Gesetzgeber aufgestellten Voraussetzungen vorliegen, die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung vom Verkäufer auf den Käufer übergehe, gehört also nicht zu den Vorschriften, die eine bestimmte Frage — die des Gefahrübergangs — zwingend regeln und daher der Parteiwillkür entzogen sind. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine solche, den Gefahrübergang betreffende Vereinbarung der Parteien in jedem Falle angenommen werden müsse. Die Parteien werden sich meist keine Gedanken über die Frage, wann die Gefahr auf den Käufer übergehen solle, gemacht haben. Und sollte dies doch der Fall sein, so genügt es allein noch nicht, um die Annahme zu rechtfertigen, die Parteien hätten eine den Gefahrübergang betreffende Vereinbarung getroffen. Denn was die Parteien im stillen gedacht und gewollt haben, ist für die Auslegung nicht entscheidend. Allerdings ist bei

[10]) Adler a. a. O. S. 413.

der Auslegung eines Vertrages der wahre Wille der Parteien zu erforschen (§ 133 BGB.). Der Wille der Parteien darf aber doch nur insoweit berücksichtigt werden, als er in ihrem gesamten Verhalten einen, wenn auch undeutlichen Ausdruck gefunden hat [11]). Damit also die Annahme, daß die Übergabe den Gefahrübergang auch bei schwebender aufschiebender Bedingung nach sich ziehe, gerechtfertigt ist, ist stets erforderlich, daß die Auslegung ergibt, daß die Parteien einen dahingehenden Willen nicht nur gehabt, sondern auch — wenn auch undeutlich, aber immer noch erkenntlich — erklärt haben. Nur in diesem Falle wird der Ansicht Düringer-Hachenburgs und Adlers im Ergebnis beizupflichten sein. Die Annahme jedoch, daß die Übergabe in der Regel den Gefahrübergang auch bei schwebender aufschiebender Bedingung zur Folge habe, ist zu verwerfen.

Gegen die Ainsicht Düringer-Hachenburgs (und Adlers), daß der „wohlverstandene Wille der Parteien" auf Zurückziehung des Gefahrüberganges auf den Zeitpunkt der Übergabe berechnet sei, läßt sich fernerhin anführen, daß auch Titze mit einem angeblichen, wohlverstandenen Willen der Parteien operiert, um die Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen zu entscheiden, und zu einem (teilweise) ganz anderen Ergebnis gelangt als Düringer-Hachenburg (und Adler). Auch nach Titze ist allerdings zweifellos, daß bei Ausfall der Bedingung die Gefahr auf den Käufer nicht übergegangen sein kann [12]). Denn „da es hier zu einer Perfektion des Kaufes überhaupt nicht kommt, so kann der Käufer auch niemals zu einer Kaufpreiszahlung verpflichtet sein". „Aber", so fährt Titze fort, „auch für den Fall, daß die Bedingung eintritt, nachdem die übergebene Sache untergegangen ist, wird man den Auslegungsrechtssatz aufstellen müssen, daß der Käufer mit der Abnahme der Ware im Zweifel nicht auch die Gefahr des Unterganges hat auf sich nehmen wollen. Es würde also Sache des das Gegenteil behauptenden Verkäufers sein, nachzuweisen, daß dem Willen der Parteien die abweichende Regelung der Gefahrtragung entspricht. Hingegen dürfte hier die Gefahr der Verschlechterung der Sache allerdings von deren Übergabe an beim Käufer zu belassen sein."

Stellt man die Ausführungen Titzes denen Düringer-Hachenburgs (und Adlers) gegenüber, so kann man den Unterschied zwi-

---

[11]) Enneccerus I § 192 I, 1 S. 529 f.; Kluckhohn a. a. O. S. 126; Plancks Komm. Bd. I § 133 Anm. 1 S. 345, § 157 Anm. 2 S. 406 f.

[12]) Titze a. a. O. S. 258 f.

schen ihnen feststellen, daß bei Titze der Käufer von der während Schwebens der aufschiebenden Bedingung erfolgten Übergabe an die Gefahr der Verschlechterung, der Verkäufer aber bis zum Bedingungseintritt die Gefahr des Unterganges zu tragen hat, während Düringer-Hachenburg (und Adler) beide Gefahren vom Zeitpunkt der Übergabe an in der Regel den Käufer tragen lassen, daß bei Titze der Verkäufer, bei Düringer-Hachenburg der Käufer beweispflichtig ist, wenn die Parteien eine andere Vereinbarung hinsichtlich der Gefahrtragung getroffen haben sollten. Sowohl Titze wie Düringer-Hachenburg (und Adler) glauben, daß ihre Ansichten dem „wohlverstandenen Willen der Parteien" entsprächen. Da aber nur eine Ansicht dem Willen der Parteien entsprechen kann, so kann man mit Kluckhohn[13]) die Frage aufwerfen, wer denn eigentlich den Willen der Parteien richtig verstanden hat, Titze oder Düringer-Hachenburg (und Adler), eine Frage, die hier nicht entschieden zu werden braucht, da beide Ansichten abzulehnen sind.

Allerdings könnte man behaupten, daß, nachdem die Unrichtigkeit der Ansicht Düringer-Hachenburgs (und Adlers) nachgewiesen worden ist, die Titzes übrigbleibe und daher richtig sein müsse. Diese Beweisführung würde aber nicht durchgreifen. Denn auch gegen Titze läßt sich dasselbe anführen wie gegen Düringer-Hachenburg (und Adler), m. a. W. Titzes Ansicht ist aus denselben Gründen zu verwerfen wie die Düringer-Hachenburgs und Adlers[14]). Und da die Gründe, die zur Ablehnung der Ansicht Düringer-Hachenburgs (und Adlers) geführt haben, bereits an anderer Stelle dargelegt worden sind, bedarf es hier ihrer nochmaligen Anführung nicht.

Die Ansicht Titzes, daß bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen mit der Übergabe der Kaufsache zwar nicht die Gefahr des Unterganges, wohl aber die der Verschlechterung auf den Käufer für den Fall des Bedingungseintritts übergehe[15]), wird auch von Crome, Enneccerus, Stern u. a.[16]) geteilt.

[13]) Kluckhohn a. a. O. S. 125.

[14]) So auch Kluckhohn a. a. O. S. 125 ff.

[15]) Ebenso wie von Titze ist schon im römischen und gemeinen Recht die Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen entschieden worden, allerdings nur dem Ergebnis, nicht auch der Begründung nach. Näheres hierüber bei Benjamin a. a. O. S. 30; Offermann S. 31 ff.; Theissen a. a. O. S. 46; Windscheid-Kipp II § 390 S. 660 ff., insbes. S. 663; Klasen a. a. O. S. 17 ff.; Passmann S. 21 f.; Heiliger a. a. O. S. 21 f.

[16]) Crome II § 213 Nr. 3a S. 419 f.; Enneccerus-Lehmann II § 103, 2b S. 353; Stern a. a. O. S. 90 ff.; Staudinger-Kober

Die Begründung, welche diese Autoren ihrer Ansicht geben, ist allerdings eine Titzes Begründung gegenüber gänzlich andere, da nicht der angeblich wohlverstandene Wille der Parteien, sondern andere Momente als für die Entscheidung ausschlaggebend angesehen werden.

Stern führt zur Begründung folgendes an [17]):

„Zur Entscheidung ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob eine Übergabe auf Grund eines bedingten Kaufes überhaupt geeignet ist, einen Gefahrübergang zu begründen.

Verneint man dies, so kann man natürlich keinen Unterschied zwischen der Verschlechterung und dem Untergang machen.

Die Übergabe an sich ist aber wohl auch beim bedingten Kauf zur Übertragung der Gefahr genügend, denn der Grund, aus dem man an die Übergabe den Gefahrübergang knüpfte, die Überwachungsmöglichkeit, ist hier ebenso wie beim unbedingten Kauf gegeben ...

Aber selbst wenn man grundsätzlich die Übergabe für geeignet zum Gefahrübergang hält, muß man sich immer noch fragen: Kann denn, wenn das Vertragsobjekt beim Eintritt der Bedingung nicht mehr oder nur noch in verschlechtertem Zustande vorhanden ist, der Eintritt der Bedingung überhaupt noch bewirken, daß jetzt ein vollgültiger Kauf zustande kommt, was für die Tragung der Gefahr durch den Käufer eine unentbehrliche Voraussetzung bildet? Ist es, nachdem die Sache untergegangen ist, nicht ganz gleichgültig, ob nun die Bedingung eintritt oder nicht? Und ist es nicht ebenso bei einer Verschlechterung? Die Bedingung trifft ja nur noch einen verschlechterten Gegenstand an. Kann da noch ein Vertrag zustandekommen über die ganze fehlerlose Sache, so daß der Käufer zur Zahlung des ganzen Kaufpreises verpflichtet ist?

Die Beantwortung der Frage nach der Gefahrtragung hängt also davon ab, ob es möglich ist, daß der Eintritt einer Bedingung einen bedingten Vertrag, auch insoweit, als dessen Erfüllung inzwischen unmöglich geworden ist, in einen unbedingten verwandelt, oder ob sie insoweit wirkungslos ist.

Bd. II, 2 § 446 Anm. 3 a S. 89; Kuhlenbeck Bd. I § 446 Anm. 1 S. 371; Frankenburger a. a. O. S. 410; Warneyer Bd. I § 446 Anm. 2 S. 847; Oertmann in Ehrenb. Handb. Bd. IV Teil 2 § 61 c β S. 431; Oertmann, Komm. Bd. II, 2 § 446 Anm. b α S. 561.

[17]) Stern a. a. O. S. 91 ff.

Nun ist es klar, daß in bezug auf eine wirklich unmögliche Leistung eine bedingte Verpflichtung ebensowenig in eine unbedingte verwandelt werden kann, wie sie neu entstehen kann.

Ist der Gegenstand daher untergegangen, so kann die Bedingung nicht mehr wirksam werden, sondern es ist ebenso, wie wenn sie ausgefallen wäre.

Wie aber bei einer Verschlechterung des Gegenstandes?

Ist diese als eine Unmöglichkeit im obigen Sinne aufzufassen?

Daß man hier Zweifel hegen kann, erklärt sich aus der verschiedenen Beurteilung, die die Mangelhaftigkeit einer Sache durch das Gesetz erfährt, je nachdem sie beim Abschluß des Vertrags schon vorhnden war oder erst später eingetreten ist. Tritt ein nicht zu behebender Mangel nach dem Abschluß des Vertrags ein, so sieht man dies als eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung an. War der Mangel schon beim Vertragsschluß vorhanden, so greift nicht etwa der Grundsatz des § 306 ein, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, sondern hier sieht man in dem Fehler der Sache keine Unmöglichkeit, eine mangelfreie Sache zu liefern, sondern der Verkauf ist vollgültig, der Käufer hat nur die Rechte aus den §§ 459 ff., was für ihn beim Kaufe sogar günstiger ist; denn er hat schlechthin das Recht der Wandlung, was er bei Anwendung des § 306 nur im Falle des § 139 erreichen könnte.

Dieses Doppelspiel des Gesetzes führt nun auch hier dazu, denselben Vorgang in zwiefacher Weise zu beurteilen.

Die Verschlechterung, die nach der Übergabe eintritt, bewirkt nach § 275 eine teilweise Befreiung des Verkäufers von der bedingten Verpflichtung, nach § 446 bewirkt diese eine Minderung der bedingten Gegenverpflichtung nicht.

Soll man nun diese Verschlechterung auch gegenüber dem Eintritt der Bedingung als eine Unmöglichkeit betrachten, so daß die Bedingung zu einem Teil nicht wirksam wird und daher der Verkäufer die Gefahr trägt? Oder soll man wie § 306 darüber hinwegsehen und die Bedingung voll wirken lassen?

Die Entscheidung kann wohl kaum zweifelhaft sein.

Wenn § 306, wo es sich um die Neuentstehung einer Verpflichtung handelt, einen Fehler nicht als eine teilweise Unmöglichkeit betrachtet, sondern den Vertrag so zustande kommen läßt, wie wenn der Fehler gar nicht bestände, so kann man erst recht da keine Unmöglichkeit annehmen, wo es sich nur um die Konsolidierung einer schon bestehenden Verpflichtung handelt. Die Bedingung wird also im Falle ihres Eintritts vollwirksam, und der Käufer muß

trotz der nach der Übergabe eingetretenen Verschlechterung den vollen Kaufpreis zahlen."

Nach Sterns Ausführungen sind es also zwei Probleme, von deren Lösung die Entscheidung der Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen abhängt. Zunächst muß man — nach Stern — die Frage entscheiden, ob bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen die Gefahr mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer überhaupt übergehen k a n n. Weiterhin bedarf die Frage der Entscheidung, ob der Eintritt der Bedingung bewirken kann, daß ein vollgültiger Kauf zustande kommt, obgleich die Kaufsache vor Bedingungseintritt untergegangen oder verschlechtert worden, die bedingt geschuldete Leistung also ganz oder teilweise unmöglich geworden ist.

Von den übrigen Vertretern der Ansicht, daß zwischen der Gefahr des Unterganges und der der Verschlechterung unterschieden werden müsse, letztere mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer übergehe, erstere aber stets bis zum Bedingungseintritt beim Verkäufer verbleibe, wird diese strenge Unterscheidung zwischen den von Stern hervorgehobenen Fragen nicht gemacht. Insbesondere wird nicht zuerst die Frage aufgeworfen, ob bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen die Gefahr des Unterganges und die der Verschlechterung auf den Käufer überhaupt übergehen kann, sondern es wird sofort entschieden, daß der Käufer vom Zeitpunkte der Übergabe an die Gefahr zu tragen habe, aber nur insoweit, als es sich um eine Verschlechterung der Kaufsache handle. Die Gefahr des Unterganges trage jedoch der Verkäufer.

E n n e c c e r u s - L e h m a n n begründen diese Entscheidung damit, daß der ganze Kauf unwirksam sei, wenn der Kaufgegenstand beim Bedingungseintritt schon untergegangen (nicht etwa bloß verschlechtert) war [18]). Die Nichtigkeit des Kaufes müsse angenommen werden, weil der Verkäufer, wie sich jetzt herausgestellt habe, eine unmögliche Leistung, nämlich die Leistung bei Eintritt der Bedingung versprochen habe. Dieser Grund treffe aber nicht zu, wenn der Kaufgegenstand während des Schwebens der Bedingung nur verschlechtert sei. Hier müsse also die Regel des § 446 eintreten [19]).

C r o m e, F r a n k e n b u r g e r, K u h l e n b e c k und O e r t m a n n führen zur Begründung ihrer Ansicht nur an, daß Voraussetzung des Gefahrübergangs die Perfektion des Kaufvertrages sei,

---

[18]) E n n e c c e r u s - L e h m a n n Bd. II § 103, 2 b S. 353.
[19]) E n n e c c e r u s - L e h m a n n Bd. II § 103 Anm. 10 S. 354.

diese aber nach erfolgtem Untergange der Kaufsache nicht mehr eintreten könne, weil das Geschäft seinen Gegenstand nicht mehr vorfinde, eine wesentliche Voraussetzung für die Geschäftswirksamkeit also fehle [20]). Doch gelte das nur bei völliger Vernichtung der Kaufsache, die Gefahr ihrer Verschlechterung müsse der Käufer tragen [21]).

Auch nach Staudinger-Kober ist die Perfektion des Vertrages Voraussetzung des Gefahrüberganges. Daher könne die Gefahr des Unterganges vor Bedingungseintritt auf den Käufer nicht übergehen. Dagegen muß hier nach der Ansicht Staudinger-Kobers „nach dem regelmäßigen selbstverständlichen Willen der Parteien" den Käufer die Gefahr der Verschlechterung treffen [22]).

Nach Warneyer soll der Kauf trotz Bedingungseintritts unwirksam sein, wenn die Sache untergegangen, wirksam, wenn sie nur verschlechtert ist, im ersteren Falle also der Verkäufer, im letzteren dagegen der Käufer die Gefahr vom Zeitpunkte der Übergabe an tragen [23]). Aus welchem Grunde aber die Gefahrtragung zwischen den Parteien in dieser Weise geregelt sein soll, sagt uns Warneyer in der Anmerkung zu § 446 BGB. leider nicht.

Abgesehen von Staudinger-Kober, die zur Begründung ihrer Ansicht anführen, daß sie „dem regelmäßigen selbstverständlichen Willen der Parteien" entspreche [24]), gehen alle Vertreter der Ansicht, daß bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen der Käufer von der Übergabe an die Gefahr der Verschlechterung, der Verkäufer aber bis zum Bedingungseintritt die Gefahr des Unterganges tragen müsse, in ihren Begründungen offenbar davon aus, daß § 446 I, 1 BGB. auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Stern hebt dies ausdrücklich hervor. Die übrigen Vertreter der oben genannten Ansicht bejahen die Frage nach der Anwendbarkeit des § 446 BGB., wenn auch gerade nicht ausdrücklich, so doch dadurch, daß sie behaupten, die Gefahr der Verschlechterung gehe vom Zeitpunkte der Übergabe an auf den Käufer über, die des

---

[20]) Crome Bd. II § 213 Nr. 3a S. 419 f.; Frankenburger a. a. O. S. 410; Kuhlenbeck Bd. I § 446 Anm. 1 S. 371; Oertmann in Ehrenb. Handb. a. a. O. S. 431, in Kommentar Bd. II 2. Teil § 446 Anm. 6 b α S. 561.

[21]) Crome a. a. O. S. 419; Oertmann in Ehrenb. Handb. a. a. O. S. 431.

[22]) Staudinger-Kober Bd. II, 2. Teil § 446 Anm. 3a S. 89.

[23]) Warneyer Bd. I § 446 Anm. 2 S. 847.

[24]) Gegen die von Staudinger-Kober vertretene Ansicht sprechen die bereits gegen Düringer-Hachenburgs Ansicht angeführten Gründe. Eine besondere Widerlegung der Ansicht Staudinger-Kobers erübrigt sich daher.

Unterganges aber vor Bedingungseintritt nicht, und zwar nur deshalb nicht, weil bei Bedingungseintritt der Kauf wegen Fehlens des Objekts nicht wirksam werden könne. Denn eine solche Entscheidung kann nur dann richtig sein — ob sie richtig ist, mag hier dahingestellt bleiben —, wenn § 446 BGB. als auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages anwendbar angesehen oder die Entscheidung auf den angeblich regelmäßigen, selbstverständlichen Willen der Parteien gestützt wird. Da indes, abgesehen von Staudinger-Kober, kein Vertreter der oben genannten Ansicht den Parteiwillen als für die Entscheidung maßgebend irgendwie erwähnt, ist anzunehmen, daß sie alle die Anwendbarkeit des § 446 BGB. als selbstverständlich und daher nicht weiter erwähnenswert voraussetzen.

Es ist nun zu prüfen, ob die Bejahung der Frage, ob § 446 BGB. auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages anwendbar ist, richtig ist, d. h. dem Gesetze entspricht. Denn nur dann, wenn dies der Fall ist, kann man einen Unterschied zwischen der Gefahr der Verschlechterung und der des Unterganges machen [25]). Ist dies aber nicht der Fall, so läßt sich eine Unterscheidung zwischen beiden Gefahren in keiner Weise rechtfertigen, müssen also beide Gefahren gleich behandelt werden.

Wie bereits in einem anderen Zusammenhange hervorgehoben worden ist, ist § 446 I BGB. auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages nicht direkt anwendbar. Denn er setzt einen zur Zeit der Übergabe bereits wirksamen obligatorischen Vertrag voraus, damit die Übergabe den Gefahrübergang zur Folge hat. Dies ergibt sich aus den Worten: „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr ... auf den Käufer über." Denn verkauft ist eine Sache erst dann, wenn die eine Vertragspartei, der Verkäufer, bereits verpflichtet ist, die Sache zu leisten, und Käufer ist nur, wer bereits berechtigt ist, die Leistung des Kaufgegenstandes zu fordern. Bei aufschiebend bedingten Verträgen indes stehen vor Bedingungseintritt die Vertragswirkungen noch aus.

Es kann daher nur die Frage zur Erörterung stehen, ob § 446 BGB. auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages analog anwendbar ist. Welches die Voraussetzungen sind, damit ein Analogieschluß als gerechtfertigt erscheint, ist schon gesagt worden. Bereits hervorgehoben worden ist aber auch, daß die analoge Anwendung einer Vorschrift auf einen Fall mit abweichendem Tatbestande nur dann zulässig ist, wenn das Gesetz

---

[25]) Dies hebt auch Stern (a. a. O. S. 93) ausdrücklich hervor.

eine Lücke enthält, daß dies aber im Falle des aufschiebend bedingten Kaufvertrages nicht zutrifft, d. h. daß auf diesen Fall Vorschriften zur unmittelbaren Anwendung gelangen, welche einen Analogieschluß aus § 446 BGB. ausschließen.

Diese die analoge Anwendung des § 446 BGB. auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages ausschließenden Vorschriften sind enthalten in den vom Bürgerlichen Gesetzbuche über die aufschiebende Bedingung aufgestellten Bestimmungen [26]).

Inwiefern gerade in jenen Bestimmungen die Frage nach der Gefahrtrgaung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen ihre gesetzliche Regelung gefunden hat, soll im folgenden dargelegt werden.

Nach § 158 I BGB. tritt bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäfte die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, die sog. Vollwirkung [27]), mit dem Eintritt der Bedingung ein. Das besagt: Die Wirkung, welche die Rechtsordnung dem Geschäfte beilegt, wenn es unbedingt geschlossen wird, soll im Falle, daß es unter aufschiebender Bedingung vorgenommen wird, erst dann eintreten, wenn die Bedingung eintritt. Als Wirkung eines unbedingten zweiseitigen Rechtsgeschäfts (Vertrages) aber sind alle Rechtsfolgen zu betrachten, welche die Rechtsordnung an den unbedingten Vertrag knüpft, gleichgültig, ob der erklärte Wille der Parteien auf ihre Herbeiführung gerichtet ist oder nicht. Diese Rechtsfolgen sollen nach § 158 I BGB. im Falle, daß der Vertrag unter aufschiebender Bedingung geschlossen wird, erst mit Bedingungseintritt eintreten. Mithin hängt auch bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen der Eintritt der Rechtsfolgen dieser Verträge davon ab, daß die Bedingung eintritt.

Zu den Rechtsfolgen des Kaufvertrages gehört auch der Gefahrübergang [28]). Denn unter Gefahrübergang versteht man nichts anderes, „als daß in bestimmten Fällen ein Untergang oder eine Verschlechterung des Kaufgegenstandes den Ansprüchen des Ver-

---

[26]) Daher ist auch die Ansicht Scherers (a. a. O. § 446 Anm. 5 S. 491), nach der nur deshalb die Übergabe für den Gefahrübergang bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen entscheidet, weil keine „Spezialbestimmung" besteht, abzulehnen. Denn die „Spezialbestimmung" für den Gefahrübergang bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen ist in § 158 I BGB. enthalten.

[27]) Oertmann, Kommentar Bd. I § 158 Anm. 2 a S. 575.

[28]) Dies wird ganz allgemein anerkannt, besonders hervorgehoben insbes. von Benjamin S. 31, Wismeyer S. 70 ff.

käufers nichts mehr schadet“ [29]). Zudem ergibt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche selbst, daß der Gefahrübergang eine Rechtsfolge des Kaufvertrages ist. Denn es läßt in § 446 I mit der Übergabe der „verkauften“ Sache die Gefahr auf den „Käufer“ übergehen, knüpft beim Grundstückskauf in § 446 II den Gefahrübergang daran, daß der „Käufer“ als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, und spricht im Falle des Versendungskaufes davon, daß der „Verkäufer“ die Sache versendet. Verkauft ist aber eine Sache nur, wenn ein bereits wirksamer Kaufvertrag vorliegt. Verkäufer ist nur, wer bereits zur Leistung verpflichtet ist, und Käufer ist nur, wer bereits berechtigt ist, den Kaufgegenstand zu fordern. Ein bereits wirksamer Kauf ist also, wie sich aus dem Gesetzeswortlaute selbst ergibt, in jedem Falle Voraussetzung des Gefahrüberganges, letzterer infolgedessen eine rechtliche Folge des Kaufes.

Ist aber der Gefahrübergang eine Rechtsfolge des Kaufvertrages, so folgt daraus, daß auch er im Falle, daß der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist, nach § 158 I BGB. abhängig ist vom Eintritt der Bedingung, d. h. daß er erst dann [30]) stattfinden kann, wenn die Bedingung eintritt und der Kauf damit zu einem unbedingten wird. Mit Bedingungseintritt aber geht die Gefahr auf den Käufer ohne weiteres über, sofern nur die sonstigen Voraussetzungen des Gefahrüberganges vorliegen, insbesondere die Sache dem Käufer bereits übergeben worden ist. Denn nun sind die Voraussetzungen des Gefahrüberganges erfüllt: Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor und die Übergabe ist bereits erfolgt [31]).

Das vorhergehend Gesagte gilt für den Gefahrübergang schlechthin, also nicht nur für den Übergang der Gefahr des Unterganges, sondern auch für den Übergang der Gefahr der Verschlechterung. Es wäre, wie Kluckhohn mit Recht hervorhebt [32]), auch hier „ein innerer Widerspruch, den Vertragsschluß erst mit dem Bedingungseintritt wirksam werden zu lassen, trotzdem aber den Eintritt einer einzelnen Vertragswirkung, des Gefahrüberganges, schon vorher anzunehmen“.

Bisher ist die Frage erörtert worden, wann die Gefahr auf den Käufer übergeht. Es ist festgestellt worden, daß der Gefahr-

---

[29]) Kluckhohn a. a. O. S. 117.

[30]) nicht früher. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch verleiht dem Bedingungseintritt keine dinglich rückwirkende Kraft.

[31]) Kluckhohn a. a. O. S. 118.

[32]) Kluckhohn a. a. O. S. 119.

übergang nicht vor Bedingungseintritt stattfinden kann, daß er aber mit Bedingungseintritt stets stattfindet, sofern nur in diesem Augenblicke die übrigen Voraussetzungen des Gefahrüberganges auch bereits vorliegen.

Der Gefahrübergang hat zur Folge, daß von seinem Augenblicke an der Käufer den Kaufpreis auch dann zahlen muß bzw. den gezahlten Kaufpreis vom Verkäufer nicht mehr zurückfordern kann, wenn in der folgenden Zeit die Kaufsache zufällig untergeht oder verschlechtert wird. Der Gefahrübergang bewirkt also eine Verschlechterung der Rechtslage des Käufers, aber eine Verbesserung der Rechtslage des Verkäufers. Denn dieser er- bzw. behält den vollen Kaufpreis, trtozdem seine Leistung infolge des zufälligen Unterganges bzw. der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache ganz oder teilweise unmöglich wird. Diese Rechtsfolgen des Gefahrüberganges treten aber stets nur für die Zukunft ein. Ist die Sache zufällig untergegangen oder verschlechtert worden, d. h. hat sich die Gefahr verwirklicht in der Zeit vor Gefahrübergang, so fällt der dadurch verursachte Schaden nicht dem Vermögen des Käufers, sondern dem des Verkäufers zur Last. Denn nach § 323 BGB., von dem § 446 nur insofern abweicht, als er den Zeitpunkt des Gefahrüberganges auf eine frühere Zeit als die der völligen Erfüllung seitens des Verkäufers verlegt, verliert den Anspruch auf die Gegenleistung, dessen Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, bei völliger Unmöglichkeit ganz, bei teilweiser Unmöglichkeit dem Werte des unmöglich gewordenen Teiles entsprechend. Untergang und Verschlechterung des Leistungsgegenstandes sind aber, wie bereits hervorgehoben worden ist, Fälle von gänzlicher und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 323 BGB. ist aber stets u. a. das Vorliegen eines wirksamen gegenseitigen Vertrages. Mithin kann § 323 auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die Bedingung eingetreten und der Vertrag nunmehr wirksam geworden ist.

Nimmt man an, daß der Kaufvertrag mit Bedingungseintritt stets wirksam wird, also auch dann, wenn die schon vor Bedingungseintritt dem Käufer übergebene Sache nach der Übergabe, aber vor Gefahrübergang zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, so ist allerdings § 323 BGB. anwendbar.

Die Tatsache, daß mit Bedingungseintritt nach § 446 BGB. die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung auf den Käufer übergeht, kann an dieser Feststellung nichts ändern. Denn der

Gefahrübergang wirkt, wie bereits gesagt, nur für die Zukunft, d. h. nur für die Zeit nach Bedingungseintritt, aber nicht für die Zeit des Bedingungseintritts. Der vor Bedingungseintritt erfolgte zufällige Untergang bzw. die in dieser Zeit erfolgte zufällige Verschlechterung der Kaufsache liegt im Augenblicke des Bedingungseintritts bereits vor.

Die Frage, wer die Gefahr des Unterganges und die der Verschlechterung zu tragen habe, bevor sie auf den Käufer übergeht, wäre also im vorliegenden Falle einfach — zuungunsten des Verkäufers — zu entscheiden und ebenso einfach — durch Hinweis auf § 323 BGB. — zu begründen, vorausgesetzt natürlich, daß durch Bedingungseintritt der Kauf wirksam wird.

Letzteres als selbstverständlich anzunehmen, geht aber nicht an. Denn die Kaufsache ist ja schon vor Bedingungseintritt untergegangen bzw. verschlechtert worden, die Leistung des Verkäufers also schon vor Bedingungseintritt ganz bzw. teilweise unmöglich geworden. Kann aber, wenn das Vertragsobjekt beim Eintritt der Bedingung überhaupt nicht mehr oder doch nur in fehlerhaftem, weil verschlechtertem Zustande vorhanden ist, der Eintritt der Bedingung noch bewirken, daß ein vollgültiger, ein wirksamer Kaufvertrag zustande kommt? [33])

Bereits hervorgehoben worden ist, daß Stern, Enneccerus-Lehmann u. a. diese Frage für den Fall des Unterganges der Kaufsache verneinen, für den Fall der Verschlechterung der Kaufsache indes bejahen. Zu demselben Ergebnis gelangt auch Kluckhohn.

Nach Kluckhohn [34]) soll es im Zeitpunkte des Bedingungseintritts für alle Wirkungen des Kaufvertrages ebenso liegen, als wenn er erst in diesem Augenblicke abgeschlossen würde, da es heute bei dem bedingten Rechtsgeschäfte keine dingliche Rückziehung gebe. Für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer sei entscheidend allein der tatsächliche Zustand der Kaufsache, wie im Regelfalle im Augenblicke des unbedingten Vertragsschlusses, so hier im Augenblicke des Bedingungseintritts. Ist in diesem Zeitpunkte die Kaufsache überhaupt nicht mehr vorhanden, so soll nach Kluckhohn regelmäßig der Kaufvertrag als auf eine unmögliche Leistung gerichtet nichtig sein, und bei einem nichtigen Vertrage könne natürlich von einem Übergange der Gefahr keine Rede sein.

---

[33]) Es ist also hier dieselbe Frage zu entscheiden, die bereits Stern (a. a. O. S. 93) aufgeworfen hat.

[34]) Kluckhohn a. a. O. S. 117.

Die Frage, ob der Bedingungseintritt das Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages auch dann bewirkt, wenn die Kaufsache vorher nicht untergegangen, sondern nur verschlechtert worden ist, entscheidet Kluckhohn zwar nicht ausdrücklich. Jedoch kann man daraus, daß er den Käufer in diesem Falle auf die Mängelhaftung des Verkäufers verweist [35]), entnehmen, daß er auch in dieser Beziehung der Ansicht Sterns folgt, d. h. also, den Vertrag wirksam werden läßt. Denn die Mängelansprüche (§§ 459 ff. BGB.) kann der Käufer stets nur dann erheben, wenn ein wirksamer Kaufvertrag vorliegt und die Kaufsache Mängel im Sinne der §§ 459 ff. aufweist. Diese beiden Voraussetzungen sind aber nur dann gegeben, wenn man annimmt, daß der Kaufvertrag mit dem Eintritte der Bedingung in vollem Umfange wirksam wird.

Fedden ist der Ansicht, daß zwischen dem Falle des Unterganges und dem der Verschlechterung der Kaufsache überhaupt kein Unterschied gemacht werden dürfe, vielmehr in beiden Fällen Unwirksamkeit des Kaufvertrages trotz des Bedingungseintritts angenommen werden müsse. Er begründet seine Ansicht wie folgt [36]):

„Es handelt sich bei diesem allen überhaupt nicht um eine (nachträglich [37])) eintretende, sondern um eine ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung. Der Kaufvertrag soll erst seine Wirkung haben, wenn die Bedingung eingetreten ist. Geht vorher die Sache ganz oder teilweise unter, so ist der Vertrag in dem Augenblicke, wo er wirksam wird, auf eine gänzlich oder teilweise unmögliche Leistung gerichtet, und es müssen deshalb nicht die Vorschriften über die nachträgliche, sondern über die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung in den §§ 306 ff. Platz greifen."

Die gleiche Ansicht wie Fedden vertritt auch Theissen [38]). Nach letzterem soll unbedingtes Erfordernis für das Wirksamwerden des Vertrages (außer dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung) auch das Vorhandensein eines Kaufobjektes sein. Ist aber die Kaufsache vor Eintritt der Bedingung untergegangen, so — fährt Theissen fort — fehlt das Kaufobjekt, denn die Übergabe sei noch nicht Erfüllungshandlung gewesen; ein wirksamer Kaufvertrag sei also nicht zustande gekommen. In entsprechender Weise

---

[35]) Kluckhohn a. a. O. S. 119.

[36]) Fedden a. a. O. S. 25 ff.

[37]) In den Ausführungen Feddens fehlt das Wort „nachträglich". Dies kann nur auf einem Druckfehler beruhen. Denn sonst würde der Satz, dem das Wort „nachträglich" hier eingefügt wird, keinen rechten Sinn ergeben.

[38]) Theissen a. a. O. S. 48.

müsse auch die Gefahrfrage bei Minderung des Wertes der Kaufsache beurteilt werden.

Im Gegensatz zu den bisher Genannten nimmt Benjamin an, daß der Kauf bei Eintritt der Bedingung stets wirksam werde, also auch in dem Falle, daß die Sache vorher untergegangen oder verschlechtert worden ist[39]). Unwirksam wäre der Vertrag nach der Ansicht Benjamins nur, wenn er auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet wäre (§ 306 BGB.). Von einer solchen könne aber bei bedingtem Versprechen nur die Rede sein, wenn die Unmöglichkeit bereits zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht aber, wenn sie erst zur Zeit des Eintritts der Bedingung bestehe. Es folge dies aus § 308 II BGB., der bei entgegengesetzter Auffassung überflüssig wäre. Im Rahmen des Vertragsverhältnisses stelle sich daher der Untergang des Kaufobjektes als eine nachträglich eintretende Unmöglichkeit im Sinne des § 323 BGB. dar. Das für den Fall des Unterganges Gesagte soll nach Benjamin entsprechend gelten für den Fall der Verschlechterung. Auch in letzterem Falle nimmt also Benjamin an, daß der Eintritt der Bedingung das Zustandekommen eines vollgültigen Vertrages bewirkt.

Vergleicht man nun alle diese Ausführungen miteinander, so kann man zunächst feststellen, daß die Frage, ob der Bedingungseintritt das Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages auch dann bewirkt, wenn die Kaufsache bereits vorher zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, nicht einheitlich entschieden wird. Die einen — Fedden und Theissen — nehmen an, daß der Vertrag in keinem der beiden Fälle wirksam werden könne. Andere — Stern, Enneccerus, Kluckhohn — verneinen das wirksame Zustandekommen des Vertrages nur für den Fall des Unterganges, nicht aber auch für den Fall der Verschlechterung. Eine dritte Ansicht endlich — vertreten durch Benjamin — geht dahin, daß der Bedingungseintritt den Eintritt der Vertragswirkungen stets, also auch dann zur Folge habe, wenn die Kaufsache vorher zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist.

Welche dieser drei, voneinander abweichenden Ansichten ist nun die richtige?

Diese Frage ist der anderen, nämlich der Frage, ob der Vertrag trotz des Unterganges bzw. trotz der Verschlechterung der Kaufsache bei Bedingungseintritt wirksam werden kann, gleich-

---

[39]) Benjamin a. a. O. S. 32.

bedeutend. Denn die Entscheidung der letzteren Frage enthält zugleich eine Entscheidung der ersteren.

Infolgedessen soll hier die Frage erörtert werden, ob der Bedingungseintritt das wirksame Zustandekommen eines Vertrages auch dann bewirkt, wenn der Vertragsgegenstand bereits vorher untergegangen oder verschlechtert worden ist.

Voraussetzung der Entscheidung dieser Frage ist aber die Feststellung, in welchen Fällen das Bürgerliche Gesetzbuch die Wirkungen eines Vertrages nicht eintreten läßt, m. a. W., da Unwirksamkeit dasselbe bedeutet wie Nichtigkeit [40]), wann ein Vertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nichtig ist und wann nicht.

Da im vorliegenden Falle angenommen wird, daß das Kaufobjekt bei Bedingungseintritt überhaupt nicht mehr oder doch nicht mehr in dem Zustande, in welchem es sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden hat, vorhanden ist, und nur dieser Umstand als Grund für die Unwirksamkeit des Kaufvertrages in Frage kommt, bedarf es hier nicht der Feststellung aller vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Nichtigkeitsgründe, sondern lediglich der Prüfung der Frage, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Vorhandensein des Vertragsobjektes ein unbedingtes Erfordernis dafür ist, daß ein wirksamer Vertrag zustande kommt, und wenn ja, in welchem Zeitpunkte das Vertragsobjekt existieren muß, damit der Vertrag nicht der Nichtigkeit verfällt.

Die erste, nämlich die Frage, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Existenz des Vertragsobjektes unbedingte Voraussetzung des wirksamen Zustandekommens eines Vertrages ist, ist zu bejahen. Denn nach § 306 BGB. ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Unmöglich aber ist eine Leistung stets dann, wenn der zu leistende individuell bestimmte Gegenstand, kurz gesagt, das Vertragsobjekt nicht existiert [41]).

Aus § 306 BGB. geht aber nicht nur hervor, daß das Vertragsobjekt überhaupt, sondern auch in welchem Zeitpunkte es vorhanden sein muß, damit ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Denn:

Nach § 306 BGB. soll ein Vertrag nur dann nichtig sein, wenn er auf eine unmögliche Leistung „gerichtet" ist. Daß ein Vertrag

---

[40]) Enneccerus Bd. I § 189 S. 511 ff.

[41]) Existiert das Vertragsobjekt zwar, aber nur in verschlechtertem Zustande, so ist die Leistung teilweise unmöglich und treten in der Regel dieselben Rechtsfolgen wie im Falle gänzlicher Unmöglichkeit ein (vgl. § 139 BGB.).

auf eine unmögliche Leistung „gerichtet" ist, kann aber nur dann gesagt werden, wenn die Unmöglichkeit bereits zur Zeit des Vertragsschlusses besteht. „Tritt sie dagegen erst später ein, so kann man nicht sagen, der Vertrag sei auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen." [42]) In diesem Falle ist also die Unmöglichkeit keine anfängliche, sondern eine nachträgliche. Wird aber eine Leistung erst nachträglich unmöglich, so bleibt der Vertrag wirksam und treten die vom Gesetz an die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung geknüpften Rechtsfolgen ein.

Dafür, daß die Unmöglichkeit der Leistung nur dann eine anfängliche ist, wenn sie im Augenblicke des Vertragsschlusses besteht, spricht auch die in § 308 BGB. für bedingte und betagte Verträge festgelegte Ausnahme von der Regel des § 306 BGB. Denn „diese Ausnahme wäre unnötig, wenn es bei der Regel des § 306 schon an sich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder der Befristung ankäme" [43]). Hinzu kommt folgendes:

Würde man der entgegengesetzten, insbesondere von Krückmann vertretenen Ansicht folgen, wonach ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung nur dann gerichtet ist, „wenn diese Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden" [44]), so würde man zu dem unhaltbaren Ergebnis kommen, daß der Schuldner bei aufschiebend bedingten Verträgen für unverschuldetes, bei schwebender Bedingung eintretendes Unvermögen haften müßte, während er beim unbedingten Vertrage, wo seine Bindung eine stärkere ist, von seiner Haftung frei werden würde. Durch dieses Ergebnis allein schon wird, wie Werner richtig bemerkt, die Auffassung Krückmanns widerlegt [45]).

Aus Vorschriften des Gesetzes ergibt sich und die Billigkeit fordert mithin, daß eine Leistung stets dann als anfänglich unmöglich angesehen werden muß, wenn sie im Augenblicke des Vertragsschlusses nicht bewirkt werden

---

[42]) Kisch a. a. O. S. 28.
[43]) Enneccerus-Lehmann II § 45 Anm. 1 S. 159.
[44]) Krückmann a. a. O. S. 107.
[45]) Werner in Staudingers Kommentar Bd. II Teil 1 § 306 Anm. c β S. 403. Gegen Krückmann sprechen außerdem die im Text für die hier vertretene Ansicht angeführten Gründe. Im übrigen muß eine nähere Ausführung und Widerlegung der Ansicht Krückmanns unterbleiben, da dies außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegen würde.

kann[46]), einerlei, ob sie in diesem Zeitpunkte zu bewirken ist oder nicht[47]).

Entscheidet aber für das Vorliegen anfänglicher Unmöglichkeit stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so ergibt sich hieraus für den Fall des aufschiebend bedingten Vertrages, daß anfängliche Unmöglichkeit nicht vorliegt und daher dem wirksamen Zustandekommen des Vertrages bei Bedingungseintritt nichts im Wege steht, wenn die Leistung erst nach Vertragsschluß, wenn auch vor Bedingungseintritt ganz oder teilweise unmöglich wird. Die Unmöglichkeit kann daher nur eine nachträgliche sein[48]).

Gegen die Annahme nachträglicher Unmöglichkeit könnte man allerdings anführen, daß sie dem Wortlaute des § 275 BGB. widerspreche. Man könnte folgendes sagen:

Nach § 275 BGB. ist die Unmöglichkeit dann eine nachträgliche, wenn sie nach der Entstehung des „Schuldverhältnisses" eintritt. Ein „Schuldverhältnis" aber liegt, wie sich aus § 241 BGB. ergibt, nur dann vor, wenn der Gläubiger bereits berechtigtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu fordern, und der Schuldner bereits verpflichtet ist, dem Gläubiger zu leisten. Ein solches Schuldverhältnis besteht indes nicht im Falle des aufschiebend bedingten Vertrages. Denn das Recht des Gläubigers und die entsprechende

---

[46]) § 308 BGB. enthält keine Ausnahme. Auch in diesem Falle ist also die Leistung eine anfänglich unmögliche. Das Gesetz knüpft aber in den Fällen des § 308 BGB. an die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Die Gruppe der gültigen Verträge wird also durch § 308 über § 306 hinaus erweitert. So auch Kleineidam a. a. O. S. 32.

[47]) Endemann I § 124, 1 b S. 693; Warneyer, Komm. I § 306 Anm. 2 S. 586; Kleineidam a. a. O. S. 29 ff.; Kisch a. a. O. S. 25 ff., S. 27; H. A. Fischer a. a. O. S. 38, 41; Titze a. a. O. S. 53.

[48]) Auch Enneccerus-Lehmann vertreten in Bd. II § 45, 1 S. 158 die Ansicht, daß die Unmöglichkeit auch bei aufschiebend bedingten Verträgen nur dann eine anfängliche ist, wenn sie zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegt, und daß jede nach Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit eine nachträgliche ist. Konsequenterweise müßten Enneccerus-Lehmann daraus die Folgerung ziehen, daß nur bei anfänglicher, nicht aber auch bei nachträglicher Unmöglichkeit der Vertrag nicht wirksam werden könne. Denn nur die anfängliche Unmöglichkeit hat die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge (§ 306 BGB.), während das Bürgerliche Gesetzbuch an die nachfolgende Unmöglichkeit in den §§ 275, 323 ff. andere Rechtsfolgen knüpft. Trotzdem sind Enneccerus-Lehmann in § 103, 2 b der Ansicht, daß der aufschiebend bedingte Kaufvertrag dann nicht wirksam werden könne, wenn das Vertragsobjekt nach Vertragsschluß, aber vor Bedingungseintritt untergegangen ist. Damit widersprechen Enneccerus-Lehmann selbst der von ihnen im § 45, 1 vertretenen Ansicht.

Pflicht des Schuldners existieren noch nicht, sie treten vielmehr erst mit dem Eintritte der Bedingung ein. Und „eine bedingte Schuld ist noch keine Schuld“ [49]).

Kleineidam und H. A. Fischer ziehen daraus die Folgerung, daß die im Falle des aufschiebend bedingten Vertrages nach Vertragsschluß, aber vor Bedingungseintritt eintretende Unmöglichkeit der Leistung auch keine nachträgliche sei und daß daher auf diesen Fall die Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit nicht direkt anwendbar seien [50]). Einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften stehe jedoch nach Kleineidam und H. A. Fischer nichts im Wege [51]). H. A. Fischer begründet diese Analogie damit, daß die vor dem Eintritt der Bedingung bestehende Aussicht des Berechtigten, die „Erwerbsberechtigung“ in allen wichtigeren Beziehungen selbst wie ein Recht behandelt und, nachdem sie durch Vertrag begründet worden sei, nachträglich von der Unmöglichkeit zerstört werde [52]).

Demgegenüber hebt Kisch mit Recht hervor, daß das Gesetz zwar nur von den Wirkungen einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit redet, daß indessen daraus nicht folgt, daß nur in diesem Falle von einer nachträglichen Unmöglichkeit gesprochen werden darf. Denn das Gesetz hat den Begriff der nachfolgenden Unmöglichkeit nirgends näher definiert. Ihn genauer zu begrenzen, ist daher Sache der Wissenschaft. „Diese kann aber logischerweise nur die beiden Arten der ursprünglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit unterscheiden. Eine dritte Kategorie ist begrifflich nicht denkbar. Da nun die Unmöglichkeit einer bedingt versprochenen Leistung eine ursprüngliche im Sinne des § 306 zweifellos nicht ist, so kann sie nur als eine nachträgliche aufgefaßt werden, nachträglich insofern, als sie zwar nicht der ‚Entstehung des Schuldverhältnisses‘, wohl aber der Begründung einer Vertragsgebundenheit ‚nachfolgt‘.“ [53])

Ist aber die bei aufschiebend bedingten Verträgen nach Vertragsschluß, aber vor Bedingungseintritt eintretende Unmöglichkeit der Leistung als nachfolgende Unmöglichkeit anzusehen, so muß sie auch als solche behandelt werden, d. h. müssen auf den Vertrag die Vorschriften über die nachfolgende Unmöglichkeit,

---

[49]) Mot. Bd. I S. 255.
[50]) Kleineidam a. a. O. S. 88; H. A. Fischer a. a. O. S. 43 ff.
[51]) Kleineidam a. a. O. S. 89; H. A. Fischer a. a. O. S. 44 f.
[52]) H. A. Fischer a. a. O. S. 44 f.
[53]) Kisch a. a. O. S. 30 Anm. 7; ähnlich Titze a. a. O. S. 54.

insbesondere — ist der Vertrag ein gegenseitiger — die in den §§ 323 ff. enthaltenen Bestimmungen zur Anwendung gelangen, soweit sich nicht aus ihrer besonderen Natur Gründe ergeben, welche eine von der Regel abweichende Behandlung im Einzelfall erfordern.

Solche Gründe sind aber im vorliegenden Falle nicht ersichtlich. Daher sind auf ihn die Vorschriften über die nachfolgende Unmöglichkeit und, da der Kauf ein gegenseitiger Vertrag ist, auch § 323 unmittelbar anwendbar.

Die Anwendbarkeit des § 323 BGB. auf den Fall des aufschiebend bedingten Kaufvertrages wird jedoch eingeschränkt durch die in den §§ 459 ff. enthaltenen Vorschriften über die Mängelhaftung des Verkäufers. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden:

Ist die Kaufsache vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen, so kann die Frage, ob die §§ 459 ff. dem § 323 vorgehen, nicht entstehen. Denn sie setzt voraus, daß die §§ 459 auf den in Frage kommenden Fall überhaupt anwendbar sind. Hierzu ist aber, wie bereits aus dem Wortlaut des § 459 hervorgeht, stets erforderlich, daß die Kaufsache im Augenblicke des Gefahrüberganges existiert. Diese Voraussetzung ist aber nicht gegeben, wenn die Kaufsache bereits vor Bedingungseintritt, also vor Gefahrübergang, zufällig untergegangen ist. Dem Käufer stehen demnach die Rechte aus § 323, nicht aber die aus den §§ 459 ff. BGB. zu.

Ist aber die Kaufsache vor Bedingungseintritt, jedoch nachdem sie dem Käufer übergehen worden ist, zufällig verschlechtert worden, und tritt die Bedingung ein, so sind die Voraussetzungen, die § 459 BGB. aufstellt, damit der Käufer die Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, im Zeitpunkte des Bedingungseintritts in der Regel erfüllt: Ein wirksamer Kaufvertrag über eine individuell bestimmte Sache liegt vor, die Gefahr geht nun nach § 446 BGB. auf den Käufer über, die Kaufsache indessen ist infolge der Verschlechterung regelmäßig eine fehlerhafte im Sinne des § 459 BGB.

Stehen aber dem Käufer die Gewährleistungsansprüche zu, so hat er nicht auch die Rechte aus § 323 BGB. Denn die in den §§ 459 ff. enthaltenen Vorschriften regeln die Frage nach der Haftung des Verkäufers für Sachmängel ausschließlich, d. h. sie schließen, soweit sie Platz greifen, als die speziellen Vorschriften die Anwendung der in den allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff.

enthaltenen, im wesentlichen dieselben Zwecke verfolgenden Unmöglichkeitsgrundsätze aus [54]).

Es ist also hier, wo es sich um die Frage handelt, ob die Regeln über die gesetzliche Mängelgewähr oder die Unmöglichkeitsgrundsätze Platz greifen, wenn vor Bedingungseintritt die dem Käufer bereits übergebene Sache zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist [55]), zwischen dem Falle des Unterganges und dem der Verschlechterung zu unterscheiden. Im übrigen, insbesondere dann, wenn es sich um die Frage handelt, in welchem Zeitpunkte bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen die Gefahr auf den Käufer übergeht, ist es nicht angängig, einen Unterschied zwischen der Gefahr des Unterganges und der der Verschlechterung aufzustellen. Beide Fälle müssen vielmehr gleich behandelt werden.

Das Ergebnis ist demnach folgendes:

Bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen trägt bis zum Eintritte der Bedingung der Verkäufer, vom Bedingungseintritte an der Käufer sowohl die Gefahr des Unterganges wie auch die Gefahr der Verschlechterung.

Die hier vertretene Ansicht wird auch vertreten von: Achilles-Greiff, Benjamin, Cosack, Dernburg-Raape, Emerich, Endemann, Fedden, Fröhlich, O. v. Gierke, Goldmann-Lilienthal, Heilfron, Kisch, Kluckhohn, Matthiaß, Muskat, Neumann, Offermann, Planck, Reichsgerichtsräte-Kommentar, Schollmeyer, Staub-Koenige, Wismeyer und anderen [56]).

---

[54]) Kisch a. a. O. S. 194; Kramer a. a. O. S. 38; Emerich a. a. O. S. 69 f.; Staudinger-Kober Bd. II Teil 2 Vorbem. vor §§ 459 ff. Anm. 6 S. 124; RGRKomm. 2 § 459 Anm. 2 S. 60, Anm. 6 c S. 66; Warneyer I § 459 Anm. 13 S. 870; Oertmann, Komm. Buch 2 Teil 2 Anm. 1 γγ S. 587; Titze a. a. O. S. 277 Anm. 45; Enneccerus-Lehmann II § 122 Anm. 5 S. 380. And. A.: Kipp zu Windscheid Bd. II § 395, 2 d S. 700; Stern a. a. O. S. 104.

[55]) Diese Frage wird — das sei hier schon vorweggenommen — von den weiter unten angegebenen Anhängern der auch hier vertretenen den Zeitpunkt des Gefahrüberganges betreffenden Ansicht im Zusammenhange mit der Erörterung der Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen entweder gar nicht oder durch bloßen Hinweis auf § 323 BGB. beantwortet.

[56]) Achilles-Greif Vorbem. vor § 446 S. 230 ff.; Altsmann a. a. O. § 39 S. 107; Benjamin a. a. O. S. 31 ff.; Cosack Bd. I § 183 I, 5 S. 490; Dernburg-Raape II, 2 § 174 V S. 32; Emerich a. a. O. S. 44;

Zur Begründung wird überwiegend angeführt, daß die Wirkungen eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages erst mit dem Eintritte der Bedingung eintreten; also könne auch die Gefahr als Rechtsfolge des Kaufvertrages nicht vorher auf den Käufer übergehen.

Nach Neumann trägt der Verkäufer bis zum Bedingungseintritte deshalb die Gefahr, weil die Übergabe auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufes keine Übergabe einer „verkauften" Sache sei [57]). Das ist zwar richtig. Aber warum die Übergabe auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufes keine Übergabe einer „verkauften" Sache sei [58]), sagt uns Neumann nicht. Logischerweise muß jedoch diese Frage zunächst, dann erst kann die von Neumann aufgeworfene Frage entschieden werden.

Nach Dernburg-Raape rechtfertige der Grundgedanke der Behandlung der gegenseitigen Verträge, daß nicht bloß Verpflichtungen ausgetauscht würden, sondern die gegenseitig zugesagten Werte, die Annahme, daß der Käufer auch in diesem Falle befreit werde. Da er nichts Endgültiges erhalte, habe er nach der Ansicht Dernburg-Raapes auch nichts zu leisten (vgl. § 323 I BGB.). Auf teilweisen Untergang sei dies entsprechend anzuwenden [59]). Dieser von Dernburg-Raape angeführte Grund kann indes nicht als für die Richtigkeit der von Dernburg-Raape selbst wie auch hier vertretenen Ansicht ausschlaggebend angesehen werden. Denn die Begründung einer Ansicht damit, daß sie dem Grundgedanken, dem Prinzip einer Mehrheit von Gesetzesvorschriften entspreche, m. a. W. die analoge Anwendung von Gesetzesvorschriften auf einen Fall mit abweichendem Tatbestande ist nur dann zu rechtfertigen, wenn auf den in Frage kommenden Fall keine Gesetzes-

---

Endemann Bd. I § 159 a Anm. 24; Fedden a. a. O. S. 25 ff.; Fröhlich a. a. O. S. 34; Fischer-Henle § 446 Anm. 3 S. 351; O. v. Gierke Bd. III § 192 Anm. 70 S. 447; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 482 Nr. 8; Hanke a. a. O. § 5 IV S. 22; Hartzen a. a. O. S. 13; Heilfron a. a. O. Bd. II § 44 S. 419; Kisch a. a. O. S. 66; Kohler Bd. II Teil 1 S. 249; Kluckhohn a. a. O. S. 117 ff.; Kramer a. a. O. S. 37; Landsberg I § 127, 1 d S. 424; Matthiaß I § 109, 1; Müller-Meikel I § 113 Nr. 5 S. 398; Neumann I § 446 Anm. 3 S. 405; Offermann a. a. O. S. 34; Planck II, 2 § 446 Anm. 2 c S. 676 ff.; RGRKomm. II § 446 Anm. 4 S. 44; Schollmeyer a. a. O. S. 18; Staub-Koenige Bd. III Anh. zu § 382 S. 521; Wismeyer a. a. O. S. 71.

[57]) Neumann I § 446 Anm. 3 S. 405.

[58]) Ebenso wie Neumann auch Muskat (a. a. O. S. 212), der allerdings seine Meinung wenigstens damit begründet, daß der Kauf vor Bedingungseintritt noch nicht perfekt sei.

[59]) Dernburg-Raape II, 2 § 174, 5 S. 32.

vorschrift unmittelbar anwendbar ist. Diese Voraussetzung ist aber im vorliegenden Falle nicht gegeben. Denn auf ihn gelangen Gesetzesvorschriften zur unmittelbaren Anwendung. Welche Vorschriften dies sind, ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden.

Auch Adler gibt zu, daß bei bedingtem Kauf der Verkäufer die Gefahr trage. Dies ergebe sich aus der Denkform der aufschiebenden Bedingung als solche ohne Rückwirkung. Jedoch soll nach der Ansicht Adlers die „Parteiintention", zumal im Handelsverkehr, stets für die Gefahrtragung des Käufers sprechen [60]). Damit gelangt Adler zu demselben Ergebnis wie Düringer-Hachenburg, die ebenfalls annehmen, daß der „wohlverstandene Wille der Parteien" fordere, daß die Gefahr mit der — wenn auch vor Bedingungseintritt erfolgten — Übergabe der Kaufsache stets auf den Käufer übergehe. Die Gründe, welche gegen die Ansicht Düringer-Hachenburgs und Adlers sprechen, sind bereits in anderem Zusammenhange dargeleg worden.

Nach Kipp soll im Zweifel der Übergang der Gefahr mit der Erfüllung der Bedingung eintreten, wenn die Übergabe der Sache vor Bedingungseintritt in dem Sinne erfolgt, daß das Eigentum erst mit der Erfüllung der Bedingung des Kaufvertrages übergehen solle. Wenn jedoch trotz schwebender Bedingung des Kaufvertrages die Übergabe im Sinne unbedingter Eigentumsübertragung stattfinden sollte, so würde nach der Ansicht Kipps auch die Gefahr auf den Käufer übergehen [61]). Diese Ansicht, die Kipp selbst nicht näher begründet, ist indes abzulehnen. Denn der Gefahrübergang ist stets eine Rechtsfolge des Kaufes, kann also nur von den Voraussetzungen, die § 446 BGB. aufstellt, nicht aber ganz allgemein auch von dem abstrakten Erfüllungsgeschäft, von dem ja das obligatorische Geschäft völlig unabhängig ist, abhängig sein. § 446 BGB. aber knüpft den Gefahrübergang nicht an den bedingten oder unbedingten Eigentumsübergang, sondern lediglich an die Tatsache, daß die Kaufsache dem Käufer übergeben wird, d. h. daß der Käufer die tatsächliche Gewalt über die Sache erhält. Warum im Falle des aufschiebend bedingten Kaufvertrages in dieser Beziehung etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich.

Allerdings ist auch die hier vertretene Ansicht, nach der bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen die Gefahr erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer übergeht, nur dann richtig, wenn aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts nicht hervorgeht, daß

---

[60]) Adler a. a. O. S. 413.
[61]) Windscheid-Kipp Bd. II § 390 Nr. 6 S. 669.

die Parteien eine von der gesetzlichen abweichende Regelung des Gefahrüberganges getroffen haben.

Letzteres zu tun, sind die Parteien befugt. Denn auf dem Gebiete des Schuldrechts herrscht, wie bereits aus § 305 BGB. hervorgeht, Vertragsfreiheit; und der Kauf ist ein schuldrechtlicher Vertrag. Allerdings gibt es auch schuldrechtliche Vorschriften, die der Parteiwillkür entzogen sind, so daß die Parteien nichts von ihnen Abweichendes vereinbaren können. Zu diesen Vorschriften gehören die die Gefahrtragung betreffenden indes nicht.

Können aber die Parteien hinsichtlich der Gefahrtragung eine von der gesetzlichen abweichende Regelung treffen, so können sie selbstverständlich auch vereinbaren, daß im Falle des Bedingungseintritts der Gefahrübergang auf den Zeitpunkt z. B. der vor Bedingungseintritt erfolgten Übergabe zurückbezogen werde. Dann sind die Parteien im Falle des Eintritts der Bedingung verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Gefahr bereits mit der Übergabe auf den Käufer übergegangen wäre [62]). Denn da der Gefahrübergang eine Rechtsfolge des Kaufvertrages ist, fällt eine Vereinbarung des Inhalts, er solle im Falle des Bedingungseintritts auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, unter § 159 BGB. [63]).

§ 159 BGB. setzt aber zu seiner Anwendbarkeit stets voraus, daß mit dem Eintritte der Bedingung ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Treten die Wirkungen des Vertrages mit dem Eintritte der Bedingung aus irgendeinem Grunde nicht ein, so kann von einer Rückziehung der Rechtsfolgen des Vertrages auf einen früheren Zeitpunkt keine Rede sein. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn man annehmen würde, daß im Falle des vor Bedingungseintritt erfolgten Unterganges der Kaufsache der Eintritt der Bedingung das wirksame Zustandekommen des Vertrages nicht zur Folge habe. In diesem Falle könnten sich die Parteien nach der An-

---

[62]) Diese Vereinbarung hätte zur Folge, daß der Käufer nach Bedingungseintritt den Kaufpreis auch dann voll und ganz zahlen müßte, wenn die Kaufsache nach der Übergabe, aber vor dem Eintritt der Bedingung zufällig untergegangen oder verschlechtert worden wäre. In diesem Falle würde also der Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache für die zwischen der Übergabe und dem Bedingungseintritt liegende Zeit tragen.

[63]) Benjamin a. a. O. S. 33; Emerich a. a. O. S. 44; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 482 Nr. 8; Hanke a. a. O. S. 22; Kisch a. a. O. S. 66; Kluckhohn a. a. O. S. 128; Planck Bd. II, 2 § 446 Anm. 2 c S. 676 f.; Staudinger-Kober Bd. II, 2 § 446 Anm. 3 a S. 89; Wismeyer a. a. O. S. 71; Heilfron Bd. II § 44 S. 420.

sicht Kluckhohns nur dadurch helfen, daß sie kraft besonderer Vereinbarung die Gefahr im Augenblicke der Übergabe der Kaufsache bereits auf den Käufer übergehen lassen [64]). Dem ist beizupflichten. Denn die Parteien können kraft der Vertragsfreiheit eine vollkommen selbständige Regelung des Gefahrüberganges treffen.

Bisher ist die Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen für den Fall, daß die Kaufsache dem Käufer vor Bedingungseintritt übergeben worden ist, erörtert worden. Für die übrigen Fälle des Gefahrüberganges (§ 446 II, § 447, § 451 BGB.) gilt dasselbe [65]).

Auf den Kauf von Rechten, die nicht unter § 451 BGB. fallen, finden nicht die Vorschriften der §§ 446, 447, sondern die des § 323 BGB. Anwendung. Nach § 323 BGB. aber geht die Gefahr auf den Käufer erst dann über, wenn der Verkäufer seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt hat. Liegt diese Voraussetzung vor, ist aber der Kaufvertrag aufschiebend bedingt, so geht die Gefahr als Rechtsfolge des Kaufs erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Käufer über (§ 158 I BGB.). Es gilt in dieser Beziehung das für die vorhergehend behandelten Fälle Gesagte.

---

[64]) Kluckhohn a. a. O. S. 128.

[65]) Der Kauf auf Probe (§ 495 BGB.) ist im Zweifel als aufschiebend bedingter Kaufvertrag anzusehen und unterliegt als solcher auch den für aufschiebend bedingte Kaufverträge geltenden Vorschriften über die Gefahrtragung. So auch Lange a. a. O. S. 73 f.; Passauer a. a. O. S. 40 f.; RGRKomm. Bd. II § 495 Anm. 5 S. 104.

Drittes Kapitel.

Die Gefahrtragung bei auflösend bedingten Kaufverträgen.

Große praktische Bedeutung hat die Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen wohl nicht [1]). Denn wenn zwei Parteien einen bedingten Kaufvertrag schließen und der Verkäufer daraufhin dem Käufer die Kaufsache übergibt (oder eine sonstige, an sich, d. h. beim unbedingten Kauf den Gefahrenübergang nach sich ziehende Erfüllungshandlung vornimmt), so wird man in der Regel [2]) das Vorliegen nicht eines aufschiebend, sondern eines auflösend bedingten Kaufvertrages annehmen und folgendermaßen begründen können:

Was der Verkäufer V. dem Käufer K. verkauft hat, hat er ihm übergeben, d. h. also, da nach § 433 I BGB. der Verkäufer zur Übergabe der Kaufsache verpflichtet ist, die Übergabe mithin zur Erfüllung des Kaufvertrages gehört, V. hat den Kaufvertrag (wenn auch nicht vollständig, so doch teilweise) erfüllt. Erfüllen kann man aber nur einen solchen Vertrag, dessen Wirkung bereits eingetreten ist. Dies ergibt sich aus § 362 I BGB. Denn dort heißt es, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Damit aber ein Schuldverhältnis erlöschen kann, ist Voraussetzung, daß es bereits besteht. Denn was nicht existiert, kann nicht untergehen, kann nicht erlöschen. Mithin folgt aus der Tatsache, daß V. den Kaufvertrag teilweise erfüllt, daß der Vertrag schon vor, spätestens aber im Augenblicke

---

[1]) So auch Adler a. a. O. S. 412.

[2]) Anders ist es dann, wenn es im Gesetze heißt, der bedingte Kaufvertrag solle „im Zweifel" als aufschiebend bedingter Vertrag gelten (z. B. § 495 BGB.). In diesem Falle wird man die Bedingung nur dann als auflösende ansehen dürfen, wenn aus dem Inhalte des Vertrages hervorgeht, daß die Parteien den Vertrag auflösend bedingt haben schließen wollen.

der (teilweisen) Erfüllung wirksam geworden ist. Ist aber der Kaufvertrag bereits wirksam geworden, d. h. sind die Rechtsfolgen des Kaufvertrages bereits eingetreten, so kann die Vereinbarung der Parteien, der Kauf solle nur für den Fall des Bedingungseintritts wirksam sein, nur dahin ausgelegt werden, daß das Fortbestehen der Vertragswirkungen abhängig sein solle vom Eintritte der Bedingung. Wenn aber nicht das Entstehen, sondern das Bestehen eines Vertrages vom Eintritte einer Bedingung abhängig ist, so kann die Bedingung keine aufschiebende, sondern nur eine auflösende sein. Denn nur dann, wenn die Bedingung eine auflösende ist, treten die Rechtsfolgen des Vertrages bereits mit dessen Abschlusse ein. Dies geht aus § 158 BGB. hervor.

Allerdings sagt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 158 nicht ausdrücklich, daß bei einem aufschiebend bedingten Vertrage dessen Wirkung nicht vor dem Eintritte der Bedingung, bei einem auflösend bedingten Vertrage dagegen bereits mit dem Abschlusse des Vertrages, also schon vor dem Eintritt der Bedingung eintritt. Wenn es aber in Abs. 1 des § 158 BGB. heißt, daß im Falle eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts, dessen Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung eintritt, so kann man daraus folgern, daß sie vor Bedingungseintritt noch ausstehen muß [3]). Denn nur, was noch aussteht, kann künftig eintreten, was bereits vorhanden ist, jedoch nicht. Ähnliches gilt für den Fall des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts. Wenn es in Abs. 2 des § 158 BGB. heißt, daß mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endigt, so folgt hieraus, daß sie vor Bedingungseintritt bereits eingetreten sein muß. Denn eine zur Zeit des Bedingungseintritts noch ausstehende Wirkung könnte mit dem Eintritte der Bedingung nicht endigen. Muß aber im Falle des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts dessen Wirkung bereits vor Bedingungseintritt eingetreten sein, so fragt es sich, in welchem Zeitpunkte vor Bedingungseintritt die Wirkung eines auflösend bedingten Rechtsgeschäfts eintritt. Diese Frage wird man in der Regel zugunsten des Zeitpunkts der Vornahme des Rechtsgeschäfts beantworten können. Allerdings ist ein zugleich aufschiebend und auflösend bedingtes Rechtsgeschäft oder ein zugleich aufschiebend befristetes und auflösend bedingtes Rechtsgeschäft rechtlich nicht unmöglich. Es wird aber,

---

[3]) Hierauf ist bei der Erörterung der Frage nach der Gefahrtragung bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen nicht besonders hingewiesen worden. Denn daß vor Bedingungseintritt die Wirkungen des aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts noch ausstehen müssen, ist selbstverständlich und braucht daher nicht noch besonders betont zu werden.

gemessen an dem Vorkommen von nur aufschiebend, nur auflösend bedingten, nur aufschiebend, nur auflösend befristeten Rechtsgeschäften, nicht allzu häufig vorkommen, mithin diesen gegenüber als Ausnahme bezeichnet werden können.

Aus dem Wortlaute des § 158 II BGB. ergibt sich für das auflösend bedingte Rechtsgeschäft ferner, daß durch den Eintritt der Bedingung nicht bloß die Verpflichtung der Parteien zur Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes entsteht, sondern daß mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts von selbst endet, m. a. W., daß die auflösende Bedingung sogenannte dingliche Kraft hat. Weiterhin geht aus dem Wortlaute des § 158 II BGB., daß „mit dem Eintritte der Bedingung" die Wirkung des Rechtsgeschäfts endet und der frühere Rechtszustand wieder eintritt, hervor, daß der Eintritt der auflösenden Bedingung die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts nur für die Zukunft beseitigt, also keine rückwirkende Kraft besitzt. Allerdings können die Parteien eine von der gesetzlichen abweichende Regelung auch hier treffen, aber nur in der Weise, daß sie sich verpflichten, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem von ihnen festgelegten früheren Zeitpunkte eingetreten wären. Die Parteien können also keine dingliche, sondern nur eine obligatorische Rückwirkung vereinbaren (§ 159 BGB.) [4]).

Für den (nur) auflösend bedingten Vertrag ergibt sich daher folgende Rechtslage:

Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt dessen Wirkung ein, d. h. der Vertrag hat sämtliche Rechtsfolgen wie im Falle seines unbedingten Abschlusses. Im Gegensatz zum unbedingten Vertrage sind aber die Rechtsfolgen des auflösend bedingten Vertrages bezüglich ihrer Fortdauer ins Ungewisse gestellt. Denn es besteht die Möglichkeit des Bedingungseintritts und damit zugleich die Möglichkeit des Fortfalls der Rechtsfolgen des Vertrages. Es liegt also ein Schwebezustand vor. „Dieser Schwebezustand ruft seinerseits wieder besondere Wirkungen hervor, die als ein Minus gegenüber den sonst eintretenden Wirkungen des Rechtsgeschäfts erscheinen" [5]) und währt so lange, bis sich entscheidet, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt.

Fällt die Bedingung aus, so wird der Vertrag zu einem unbedingten, d. h. die Rechtsfolgen des auflösend bedingten Vertrages sind nunmehr die eines unbedingten Vertrages, da sie infolge des Ausfalls der Bedingung zu voller Rechtsbeständigkeit erstarken.

[4]) Planck I § 159 Anm. S. 417.
[5]) Klasen a. a. O. S. 31.

Tritt dagegen die Bedingung ein, so endigt nach § 158 II BGB. die Wirkung des Rechtsgeschäfts und tritt mit diesem Zeitpunkte der frühere Rechtszustand wieder ein. Der Eintritt der auflösenden Bedingung begründet also nicht bloß Einreden für die Parteien, er verpflichtet auch nicht bloß die bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes, sondern er hat sog. dingliche Kraft, d. h. die Rechtsfolgen des Vertrages erlöschen nunmehr ohne weiteres nicht nur im Verhältnis der Parteien zueinander, sondern auch, wie sich auch aus § 161 BGB. ergibt, Dritten gegenüber, und der frühere Rechtszustand, d. h. der Zustand, der vor Abschluß des Vertrages bestanden hat, tritt von selbst wieder ein, allerdings nur für die Zukunft, nicht aber auch für die Vergangenheit, d. h. die Zeit zwischen Vertragsschluß und Bedingungseintritt. Denn die auflösende Bedingung hat ebenso wie die aufschiebende nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche keine rückwirkende Kraft [6]). Wer daher z. B. Eigentum an einer Sache unter auflösender Bedingung erworben hat, verliert dieses mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung zugunsten des Veräußerers, in dessen Person es jetzt wiederum entsteht, verliert jedoch nicht sein Recht auf die Nutzungen der Sache während der Zwischenzeit, bleibt andererseits auch für diese Zeit Träger der auf der Sache ruhenden Lasten [7]).

Erlöschen aber im Falle des Eintrittes der auflösenden Bedingung sämtliche Rechtsfolgen des Vertrages für die Zukunft so, als ob sie niemals eingetreten wären, m. a. W. wird der Vertrag bei Eintritt der auflösenden Bedingung für die Folgezeit unwirksam, so ergibt sich hieraus für alle gegenseitigen auflösend bedingten Verträge folgendes:

Da mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung die obligatorischen Verpflichtungen der Parteien wegfallen, verlieren die auf Grund dieser Verpflichtungen etwa bereits vollzogenen Leistungen in der Regel [8]) ihre causa. Sie sind somit ohne rechtlichen Grund in dem Vermögen des Empfängers und müssen zurückgegeben werden. Auf diese Rückgabepflichten finden in der Regel

---

[6]) Anders war es im gemeinen Recht. Hier war die Lehre von der dinglichen Rückwirkung der auflösenden Bedingung fast durchweg die herrschende. Näheres hierüber bei Klasen a. a. O. S. 24.

[7]) Crome I § 100 S. 446; Klasen a. a. O. S. 33; Planck I § 158 Anm. 3 S. 413.

[8]) In der Regel, d. h. die Mehrzahl der Leistungen, aber nicht alle Leistungen verlieren ihre causa. So verlieren z. B. Leistungen, die sich als Nutzungen für die Zeit zwischen Vertragsschluß und Bedingungseintritt darstellen, ihren rechtlichen Grund durch den Eintritt der auflösenden Bedingung nicht.

die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung, niemals aber die vom Bürgerlichen Gesetzbuche für den in Frage kommenden schuldrechtlichen Vertrag aufgestellten Vorschriften. Denn dieser Vertrag existiert nicht mehr. Insbesondere ist auf die Rückgabepflichten der Parteien niemals § 323 BGB. anwendbar. Wird also die von der einen Partei zurückzugebende Leistung jetzt (nach Bedingungseintritt) ganz oder teilweise unmöglich, so hat dies niemals zur Folge, daß auch die andere Partei nach § 323 BGB.[9]) von ihrer Rückgabepflicht völlig oder teilweise befreit wird. Denn § 323 setzt zu seiner Anwendbarkeit die Existenz eines wirksamen Vertrages voraus. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben, wenn die dem Vertrag hinzugefügte auflösende Bedingung eingetreten ist[10]).

Beim auflösend bedingten Kaufvertrage verhält es sich mithin folgendermaßen[11]):

Mit dem Abschlusse des Kaufvertrages treten sofort dessen sämtliche Rechtsfolgen ein. Für den Verkäufer einer (individuell bestimmten) Sache erwächst daher die Pflicht, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, während der Käufer verpflichtet ist, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Diese sowie alle sonstigen Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrage sind, da der Kauf ein gegenseitiger Vertrag ist, in ihrem Bestande voneinander abhängig. Denn geht die Kaufsache vor (vollständiger) Erfüllung des Vertrages seitens des Verkäufers zufällig unter oder wird sie in dieser Zeit zufällig verschlechtert, so verliert der Verkäufer nach § 323 BGB. seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers, d. h. den Kaufpreis[12]) im Falle des Unterganges der Kaufsache ganz, im Falle der Verschlechterung der Kaufsache teilweise, es sei denn, daß er die Kaufsache bereits vor ihrem Untergange bzw. vor ihrer Verschlechterung dem

---

[9]) Nach § 323 BGB. wird die andere Partei von ihrer Rückgabepflicht nicht befreit. Ob auf Grund einer anderen Gesetzesvorschrift anders zu entscheiden ist, bleibe hier dahingestellt.

[10]) Den Ausführungen im Text ist die heute herrschende Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung zugrunde gelegt worden. Würde man der vorwiegend gemeinrechtlichen Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung folgen, so würde man zu einem die Anwendbarkeit des § 323 BGB. bejahenden Ergebnisse gelangen. Näheres hierüber wird später in anderem Zusammenhange dargelegt werden.

[11]) Das im folgenden für den Kauf einer Sache Gesagte gilt, soweit es die Frage nach der Gefahrtragung betrifft, in gleicher Weise auch für den Kauf eines Rechtes, das zum Besitze der Sache berechtigt (vgl. § 451 BGB.).

[12]) Klasen a. a. O. S. 36.

Käufer übergeben (oder eine andere unter § 446 bzw. 447 BGB. fallende Handlung vollzogen) hat. In diesem Falle wäre mit der Übergabe (bzw. mit der Vornahme der sonstigen unter § 446 oder § 447 BGB. fallenden Handlung) die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache auf den Käufer übergegangen [13]), da ja die Voraussetzungen des Gefahrüberganges, insbesondere auch ein wirksamer Kaufvertrag nunmehr vorgelegen hätten.

Sämtliche Rechtsfolgen des Kaufvertrages sind jedoch, solange die Bedingung schwebt, bezüglich ihrer Fortdauer ins Ungewisse gestellt. Diese Ungewißheit endet erst in dem Augenblicke, in dem feststeht, daß die Bedingung eintritt oder ausfällt.

Fällt die Bedingung aus, so ist der Kaufvertrag nunmehr so zu behandeln, wie wenn er von vornherein unbedingt geschlossen worden wäre. Der Kaufvertrag äußert also nunmehr für die Zukunft alle Wirkungen, die er bereits in der Schwebezeit geäußert hat bzw. hat äußern können. Nur sind diese Wirkungen bezüglich ihrer Fortdauer durch die auflösende Bedingung nicht mehr in Frage gestellt, da der Nichteintritt der Bedingung jetzt feststeht. Ist daher die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache bereits vor Ausfall der Bedingung auf den Käufer übergegangen, so ändert sich daran nach Ausfall der Bedingung nichts [14]). Der Käufer müßte also, wenn jetzt die Kaufsache zufällig untergehen oder verschlechtert werden würde, den vollen Kaufpreis zahlen [15]). Ist aber der Gefahrübergang bisher noch nicht erfolgt, so kann er in Zukunft stattfinden, sofern nur eine der in den §§ 446, 447 BGB. aufgestellten Voraussetzungen erfüllt wird. „Beim Ausfalle der Bedingung löst

---

[13]) Soergel I § 446 Anm. 2 S. 777; Staudinger-Kober II, 2 § 446 Anm. 3b S. 89; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Heilfron II § 44 S. 419; Plancks Kommentar II, 2 § 446 Anm. 2c S. 677; RGRKomm. Bd. II § 446 Anm. 4 S. 44; Goldmann-Lilienthal I S. 482 Nr. 8; Müller-Meikel § 113 Anm. 5 S. 398; Kuhlenbeck I § 446 Anm. 1 S. 371; Warneyer I § 446 Anm. 2 S. 847; O. v. Gierke III § 192 Anm. 70 S. 447; Altsmann a. a. O. § 39 S. 107; Hanke a. a. O. S. 22; Emerich a. a. O. S. 44; Muskat a. a. O. S. 213; Klasen a. a. O. S. 36; Wollstadt a. a. O. S. 52; Offermann a. a. O. S. 35; Wismeyer a. a. O. S. 71; Fröhlich a. a. O. S. 33.

[14]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 88; Staub-Koenige Bd. III Anh. zu § 382 S. 521; Warneyer Bd. I § 446 Anm. 2 S. 847; Kramer a. a. O. S. 39 f.; Adler a. a. O. S. 413; Wollstadt a. a. O. S. 53, 55; Fischer-Henle § 446 Anm. 3 S. 351.

[15]) Landsberg I § 127, 1 α S. 424; Paßmann a. a. O. S. 38.

sich daher die Gefahrtragungsfrage genau so wie beim unbedingten Vertrage.“ [16])

Tritt dagegen die auflösende Bedingung ein, so enden die Rechtsfolgen des Kaufvertrages für die Zukunft. Die Parteien sind also vom Zeitpunkte des Bedingungseintrittes an nicht mehr zum gegenseitigen Austausch ihrer Leistungen verpflichtet. Eben deshalb kann ein nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung eintretender zufälliger Untergang bzw. eine in dieser Zeit eintretende zufällige Verschlechterung der Kaufsache niemals zur Folge haben, daß der Käufer durch dieses Ereignis insbesondere von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises befreit wird, m. a. W. daß die Rechtsfolgen des § 323 BGB. eintreten [17]). Denn Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 323 BGB. ist, daß im Augenblicke des Eintritts der (völligen oder teilweisen) Unmöglichkeit der Leistung der einen Partei beide Parteien zum Austausch ihrer Leistungen noch verpflichtet sind, daß also ein wirksamer Kaufvertrag vorliegt [18]). Diese Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, wenn im Falle des auflösend bedingten Kaufvertrages die auflösende Bedingung eintritt. Denn der Eintritt der auflösenden Bedingung beseitigt sämtliche Rechtsfolgen des Kaufvertrages, d. h. die aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Pflichten der Parteien für die Zukunft. Und ebensowenig wie § 323 BGB. können auch die diesen Paragraphen voraussetzenden §§ 446, 447 BGB. zur Anwendung gelangen. Denn auch sie enthalten Vorschriften über Rechtsfolgen des Kaufvertrages, Vorschriften über Rechtsfolgen also, die mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung erlöschen. Vom Zeitpunkte des Eintritts der auflösenden Bedingung an kann somit ein Gefahrübergang im Sinne der §§ 446, 447 BGB. nicht mehr erfolgen, ein vor Bedingungseintritt bereits stattgefundener Gefahrübergang seine Wirkungen nicht mehr äußern. Letzteres bedeutet hier, daß ein nach Bedingungseintritt eintretender zufälliger Untergang bzw. eine in dieser Zeit eintretende zufällige Verschlechterung der Kaufsache nicht zur Folge hat, daß der Käufer trotzdem den vollen Kaufpreis zahlen muß bzw. den gezahlten Kaufpreis vom Verkäufer nicht zurückverlangen kann [19]).

---

[16]) Klasen a. a. O. S. 37.

[17]) Klasen a. a. O. S. 37.

[18]) Zur Verneinung der Anwendbarkeit des § 323 gelangt man allerdings nur, wenn man der Ansicht folgt, daß die auflösende Bedingung mit dem übrigen Inhalt des Rechtsgeschäfts ein einheitliches Ganzes bildet. Näheres hierüber später.

[19]) Hier ist davon die Rede, daß der Gefahrübergang diese Wirkung nicht mehr äußern kann. Ob der Käufer auf Grund anderer Vorschriften die

Mit der Feststellung, daß die Frage, wie die infolge zufälligen Unterganges bzw. zufälliger Verschlechterung der Kaufsache eintretende (völlig oder teilweise) Unmöglichkeit der Leistung der einen Partei auf die Leistungspflicht der anderen Parti einwirkt, niemals nach § 323 oder nach § 446 bzw. 447 BGB. entschieden werden kann; wenn die Unmöglichkeit erst nach dem Eintritte der im Kaufvertrage enthaltenden auflösenden Bedingung eingetreten ist, ist zugleich die Frage, ob für diesen Fall nach dem Eintritte der auflösendn Bedingung von einer Gefahrtragung im technischen Sinne die Rede sein könne, verneint. Denn unter der Frage nach der Gefahrtragung im technischen Sinne versteht man „die Frage, wie die durch Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache hervorgerufene gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers auf die synallagmatisch damit verbundene Gegenleistung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises einwirkt“ [20]), eine Frage also, welche das Gesetz für alle gegenseitigen Verträge in § 323, für den Kauf insbesondere auch in den §§ 446, 447 BGB. entschieden hat.

Bisher ist die Frage erörtert worden, ob von einer Gefahrtragung im technischen Sinne dann die Rede sein könne, wenn die Kaufsache nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist. Von diesem Falle ist scharf ein anderer Fall zu unterscheiden, nämlich der, daß die Sache bereits in der Zeit vor dem Eintritte der auflösenden Bedingung zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, und nachher die Bedingung eintritt. Diesen letzteren Fall genau so wie den ersteren zu entscheiden, also zu sagen, von einer Gefahrtragung im technischen Sinne könne auch im letzteren Falle keine Rede sein, weil die Frage nach der Gefahrtragung das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages voraussetze, der Bedingungseintritt indes das Ende der Rechtsfolgen des Vertrages zur Folge habe, geht nicht ohne weiteres an. Denn zunächst muß die Frage entschieden werden, ob denn der Bedingungseintritt die Wirkung des Kaufvertrages überhaupt beseitigen kann, obgleich das Vertragsobjekt schon vorher untergegangen oder verschlechtert worden ist [21]). Wird diese Frage bejaht, dann allerdings kann von einer Frage nach der Gefahrtragung im technischen Sinne nicht die Rede sein. Wird indes die Frage verneint, also gesagt, der Be-

---

Rückgabe des gezahlten Kaufpreises vom Verkäufer verlangen kann, darüber später.

[20]) Klasen a. a. O. S. 36.

[21]) Kluckhohn a. a. O. S. 129 f.

dingungseintritt könne niemals seine Wirkung äußern, wenn das Vertragsobjekt schon vorher zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, dann bleibt der Kaufvertrag trotz des Unterganges bzw. trotz der Verschlechterung der Kaufsache wirksam und ist es genau so wie bei einem unbedingten gegenseitigen Vertrage gerechtfertigt, die Frage nach der Gefahrtragung im technischen Sinne aufzuwerfen.

Die Entscheidung der Frage, ob der Eintritt der auflösenden Bedingung auch dann seine Wirkung äußern, d. h. also die Rechtsfolgen des auflösend bedingten Kaufvertrages für die Zukunft vernichten könne, wenn die Kaufsache schon vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, scheint jedoch abhängig zu sein von der Entscheidung einer anderen Frage, nämlich der Frage nach dem Wesen der auflösenden Bedingung.

Über das Wesen der auflösenden Bedingung stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen, vorwiegend im gemeinen Recht [22]), vereinzelt aber auch noch heute [23]) vertretenen Ansicht setzt sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus zwei verschiedenen, selbständigen Willenserklärungen zusammen. Durch die erste Willenserklärung wird das Recht sofort als unbedingtes geschaffen, während die zweite „eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung“ [24]) ist. Nach der anderen, heute vorwiegend [25]) vertretenen Ansicht „bildet die auflösende Bedingung mit dem übrigen Inhalt der Willenserklärung ein einheitliches Ganzes“ [26]). Die auflösende Bedingung ergreift das Recht selbst. „Sie gibt ihm einen bestimmt qualifizierten Inhalt, indem sie die rechtliche Wirkung, die die Willenserklärung an sich schafft, dahin abschwächt, daß diese Wirkung beim Eintritte des auflösenden Ereignisses von selbst wegfällt.“ [27]) Das auflösend be-

---

[22]) Näheres bei Klasen a. a. O. S. 20.

[23]) Cosack I § 91 III S. 220; Dernburg I § 150 II S. 504; Enneccerus I § 181 Anm. 10 S. 492; Heilfron I § 48, 3 S. 519.

[24]) Windscheid-Kipp I § 86 S. 455.

[25]) Oertmann, Komm. Bd. I § 158 Anm. 2 b S. 576; Staudinger-Riezler I § 158 Anm. 7 S. 660 f.; Endemann I § 76 Anm. 16 S. 378; Schühly a. a. O. S. 17; Wagenführ a. a. O. S. 32 f.; Bothe a. a. O. S. 6 f.; Klasen a. a. O. S. 28 ff.; Wollstadt a. a. O. S. 16 ff.; Landsberg I § 69 II S. 229; Crome I § 97 Anm. 4 S. 435, and. Ansicht in Bd. II § 213 S. 420.

[26]) Wollstadt a. a. O. S. 16.

[27]) Klasen a. a. O. S. 23.

dingte Rechtsgeschäft gewährt mithin, wenn schon nicht inhaltlich, so doch zeitlich begrenzte Rechte [28]).

Folgt man der vorwiegend gemeinrechtlichen Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung, so erscheint jeder auflösend bedingte Kaufvertrag nicht als einheitlicher Vertrag. Der auflösend bedingte Kaufvertrag zerfällt vielmehr in zwei Verträge, nämlich in den unbedingten Kaufvertrag selbst und in einen aufschiebend bedingten Nebenvertrag, der auf die Aufhebung der Wirkungen des Hauptvertrages, d. h. also der Rechtsfolgen des unbedingten Kaufvertrages gerichtet ist. Demzufolge kann hier die Frage, ob der Eintritt der auflösenden Bedingung die Rechtsfolgen des auflösend bedingten Kaufvertrages auch dann für die Zukunft beseitige, wenn die Kaufsache schon vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist, nicht aufgeworfen werden. Denn der Kaufvertrag selbst ist ja ein unbedingter Vertrag. Nur der mit dem Kaufvertrage verbundene Nebenvertrag enthält eine Bedingung. Diese Bedingung ist aber keine auflösende, sondern eine aufschiebende. Die Rechtsfolgen des Nebenvertrages stehen also, solange die Bedingung schwebt, noch aus. Rechtsfolgen aber, die noch ausstehen, können, solange sie ausstehen, niemals infolge des Eintrittes eines durch Parteiwillkür zur auflösenden Bedingung des Rechtsgeschäfts erhobenen Ereignisses erlöschen. Denn nur was bereits existiert, kann untergehen; was noch nicht existiert, jedoch nicht.

Indessen erhebt sich für den aufschiebend bedingten Nebenvertrag eine andere Frage, eine Frage, die bereits für den aufschiebend bedingten Kaufvertrag zu beantworten gewesen ist: Kann denn der aufschiebend bedingte Nebenvertrag mit dem Eintritte der Bedingung auch dann wirksam werden, wenn die Kaufsache schon vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist?

Im gemeinen Recht wurde diese Frage genau so wie im Falle des aufschiebend bedingten Kaufvertrages entschieden. Wenn beim Eintritte der Bedingung die Kaufsache bereits untergegangen sei, könne, meinte man, der aufschiebend bedingte Nebenvertrag wegen Fehlens eines Objektes nicht mehr wirksam werden. Dagegen stehe eine Verschlechterung der Kaufsache vor Eintritt der Bedingung dem Wirksamwerden des Nebenvertrages nichts im Wege. Man gelangte infolgedessen hinsichtlich der Frage nach der Gefahrtragung bei auflösend bedingten Kaufverträgen zu folgendem Er-

[28]) Wollstadt a. a. O. S. 16.

gebnis: Im Falle des vor Bedingungseintritt erfolgten Unterganges der Kaufsache habe der Käufer die Gefahr zu tragen, da es ja bei unbedingtem Hauptgeschäfte, dem Kaufvertrage, bleibe. Dagegen trage im Falle einer vor Bedingungseintritt erfolgten Verschlechterung der Kaufsache der Verkäufer die Gefahr. Denn hier stehe dem Wirksamwerden des Nebenvertrages nichts im Wege.

Klasen[29]) ist nun der Ansicht, daß auf der Basis der vorwiegend gemeinrechtlichen Konstruktion der auflösenden Bedingung auch für das geltende Recht die Ablehnung der Möglichkeit einer Auflösung des Geschäftes durch den Eintritt der auflösenden Bedingung dann unvermeidbar sei, wenn die Kaufsache bereits vor Bedingungseintritt untergegangen ist. Bei einem suspensiv bedingten selbständigen Geschäfte sei, wofür insbesondere auch der § 308 II BGB. spreche, das Erfordernis der Existenz des Gegenstandes nach dem Augenblicke des Eintritts der Bedingung zu beurteilen, da der Geschäftsgegenstand für den Geschäftsverkehr erst in diesem Augenblicke von Bedeutung werde. Die von Klasen vertretene Ansicht ist indessen abzulehnen. Denn ist der Gegenstand untergegangen, so ist seine Leistung künftig unmöglich. Ist aber die Leistung eines Gegenstandes unmöglich, so ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Vertrag, der eine Privatperson zu dieser Leistung verpflichtet, nur dann nichtig, wenn er auf diese unmögliche Leistung „gerichtet" ist, d. h. also, wenn die Unmöglichkeit bereits im Augenblicke des Vertragsschlusses vorliegt. Daß dies der Standpunkt unseres Gesetzbuches ist, ist bereits an anderer Stelle bewiesen worden. Mithin erübrigt sich eine nochmalige Beweisführung an dieser Stelle. Bereits hervorgehoben worden ist auch, daß § 308 II BGB. der auch hier vertretenen Ansicht, daß nur eine schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegende Unmöglichkeit der Leistung die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge habe, nicht widerspricht, sondern, ganz im Gegenteil, sie sogar bestätigt.

Nach der hier vertretenen Ansicht würde der aufschiebend bedingte Nebenvertrag mit dem Eintritte der Bedingung in jedem Falle wirksam werden, also auch im Falle, daß die Kaufsache vor Bedingungseintritt untergegangen wäre. Denn der Untergang der Kaufsache würde, weil er nach Abschluß des Kaufes und des damit verbundenen Nebenvertrages eingetreten wäre, nur eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung und daher, genau so wie im Falle einer vor Bedingungseintritt etwa stattgefundenen Ver-

[29]) Klasen a. a. O. S. 33 f.

schlechterung der Kaufsache, den Eintritt der Rechtsfolgen der §§ 275 und, da der Nebenvertrag als gegenseitiger Vertrag anzusehen wäre, 323 BGB. zur Folge haben [30]).

Allerdings wäre der Inhalt des Nebenvertrages nicht für alle Fälle einheitlich zu beurteilen, vielmehr zu unterscheiden, ob die Parteien ihre aus dem Hauptvertrage sich ergebenden Pflichten bereits vor Bedingungseintritt erfüllt haben oder nicht.

Hätten die Parteien ihre Pflichten aus dem Kaufvertrage noch nicht erfüllt, so würde als Inhalt des aufschiebend bedingten Nebenvertrages die gegenseitige Verpflichtung der Parteien zum Erlaß der aus dem Kaufvertrage sich für sie ergebenden Pflichten im Falle des Bedingungseintritts anzusehen sein. Der Käufer würde demnach verpflichtet sein, den Verkäufer von der Pflicht zur Leistung des Kaufgegenstandes zu befreien. Diese Pflicht würde der Käufer überhaupt nicht erfüllen können, wenn die Kaufsache, sei es vor, sei es nach dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung zufällig untergegangen sein würde, er würde sie nur zum Teil erfüllen können, wenn die Kaufsache vor oder nach Bedingungseintritt zufällig verschlechtert worden sein würde. Denn ihre Erfüllung würde im Falle des Unterganges der Kaufsache ganz, im Falle der Verschlechterung der Kaufsache teilweise unmöglich sein. Infolgedessen würde der Käufer nach § 275 BGB. von seiner Erlaßpflicht ganz bzw. teilweise frei werden, andererseits aber auch nicht berechtigt sein, vom Verkäufer völligen bzw. teilweisen Erlaß der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises zu fordern. Denn nach § 323 BGB. würde die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die Kaufpreisschuld zu erlassen, entsprechend dem Erlöschen der Erlaßpflicht des Käufers wegfallen. Demnach würde der Käufer und nicht der Verkäufer die Gefahr des Unterganges wie auch die der Verschlechterung der Kaufsache tragen.

Hätten die Parteien ihre Pflichten aus dem Kaufvertrage bereits vor Bedingungseintritt erfüllt, so könnte der Inhalt des aufschiebend bedingten Nebenvertrages nicht der sein, die Parteien sollten sich im Falle des Bedingungseintritts gegenseitig von den sich aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Pflichten befreien. Denn die Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrage wären ja bereits mit ihrer Erfüllung erloschen, die nach dem Nebenvertrage den Parteien obliegenden Pflichten demnach unerfüllbar. Deshalb könnte der Nebenvertrag, damit er überhaupt einen rechten Sinn hätte, nur dahin ausgelegt werden, daß die Parteien zur gegen-

---

[30]) Vgl. Fedden a. a. O. S. 27 Anm. 1; Wollstadt a. a. O. S. 53.

seitigen Rückgabe der ihnen geleisteten Gegenstände im Falle des Eintritts der aufschiebenden Bedingung verpflichtet sein sollten [31]). Wäre die eine Partei nach Bedingungseintritt zur Rückgabe des erhaltenen Gegenstandes nicht imstande, weil dieser, sei es vor, sei es nach Bedingungseintritt zufällig untergegangen oder verschlechtert worden wäre, so würde sie nach § 275 BGB., die Gegenpartei ihrerseits aber nach § 323 BGB. von ihrer Rückgabepflicht ganz bzw. teilweise befreit werden. Der Käufer würde also den an den Verkäufer gezahlten Kaufpreis im Falle des zufälligen Untergangs der Kaufsache überhaupt nicht, im Falle der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache nur zum Teil vom Verkäufer zurückfordern können, m. a. W. der Käufer würde sowohl die Gefahr des Unterganges wie auch die Gefahr der Verschlechterung der Kaufsache tragen.

An diesem Ergebnis würde sich auch dann nichts ändern, wenn zwar die Kaufsache dem Käufer bereits vor Bedingungseintritt übergeben, der Kaufvertrag im übrigen aber noch von keiner Partei erfüllt worden wäre. In diesem Falle würde der Käufer kraft des Nebenvertrages verpflichtet sein, dem Verkäufer im Falle des Bedingungseintritts die Kaufsache zurückzugeben und ihn von den sonstigen aus dem Kaufvertrage sich für den Verkäufer ergebenden Pflichten zu befreien, während der Verkäufer verpflichtet sein würde, den Käufer von der Pflicht insbesondere zur Zahlung des Kaufpreises zu befreien. Der Käufer würde seine Pflicht im Falle eines, sei es vor, sei es nach Bedingungseintritt erfolgten zufälligen Untergangs der Kaufsache überhaupt nicht, im Falle einer in dieser Zeit erfolgten zufälligen Verschlechterung der Kaufsache nur zum Teil erfüllen können, da die Erfüllung in diesen Fällen ganz bzw. teilweise unmöglich sein würde. Infolgedessen würde er nach § 275 BGB. von seiner Rückgabe- und Erlaßpflicht, der Verkäufer jedoch nach § 323 BGB. [32]) von seiner Erlaßpflicht frei werden, m. a. W. auch in diesem Falle müßte der Käufer die Gefahr

---

[31]) Auch Dernburg-Raape (Bd. II, 2 § 174 Anm. 19 S. 33) legen den Nebenvertrag so aus, bei Anführung der von ihnen verworfenen, dem Nebenvertrag aber zugrunde liegenden Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung.

[32]) Die Anwendbarkeit des § 323 BGB. ist also stets zu bejahen, wenn man der vorwiegend gemeinrechtlichen, stets zu verneinen, wenn man der heute herrschenden Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung folgt. Hieraus allein ergibt sich bereits die Unhaltbarkeit der in Plancks Kommentar (Bd. I § 158 Anm. 3 S. 413) aufgestellten Behauptung, daß der Streit über das Wesen der auflösenden Bedingung „ohne wesentliche praktische Bedeutung" sei.

des Unterganges wie auch die der Verschlechterung der Kaufsache tragen.

Es würde demnach in jedem Falle nicht der Verkäufer, sondern der Käufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Kaufsache für die Zeit nach Bedingungseintritt tragen, gleichviel, ob er sie bereits vor Bedingungseintritt auf Grund des Kaufvertrages getragen hätte oder nicht.

Zu diesem Ergebnis kann man indes nur dann gelangen, wenn man der Auffassung folgt, der auflösend bedingte Vertrag setze sich zusammen aus einem unbedingten Hauptvertrage und einem damit verbundenen, auf Wiederaufhebung der Rechtsfolgen des Hauptvertrages gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenvertrage. Mithin ist das Ergebnis auch nur dann gerechtfertigt, wenn diese Auffassung vom Wesen des auflösend bedingten Vertrages für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches als richtig angesehen werden kann.

Dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht diese Auffassung vom Wesen der auflösenden Bedingung jedoch nicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht vielmehr auf dem Standpunkte, daß die auflösende Bedingung mit dem übrigen Inhalt des Rechtsgeschäfts ein einheitliches Ganzes bildet.

Allerdings enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine besondere Bestimmung, in der seine Auffassung vom Wesen des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts ausdrücklich festgelegt ist. Aber schon aus dem Wortlaute des § 158 II BGB. „wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen", geht hervor, „daß die Bedingung kein besonderes Rechtsgeschäft neben dem unbedingten ist, sondern daß nur ein Rechtsgeschäft vorliegt, zu dessen Inhalt die Bedingung gehört" [33]).

Auch die Entstehungsgeschichte der in Betracht kommenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches spricht für diese sog. Einheitstheorie.

Durchaus sicher läßt sich die Ansicht des ersten Entwurfs aus den später gestrichenen §§ 139, 196 erkennen. § 139 des ersten Entwurfs enthielt folgende Bestimmung:

„Ist einem Rechtsgeschäfte eine unverständliche oder eine widersinnige Bedingung beigefügt, so ist dasselbe nichtig."

Diese Bestimmung sollte in gleicher Weise für die aufschiebende wie für die auflösende Bedingung gelten. Hätte man nun die Ansicht vertreten, daß die auflösende Bedingung eine der

---

[33]) Klasen a. a. O. S. 29.

Hauptwillenserklärung hinzugefügte, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung sei, so hätte man für die auflösende Bedingung zweifellos zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß die Hauptwillenserklärung unberührt bleibe und nur die aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung nichtig sei, m. a. W. daß „widersinnige und unverständliche Bedingungen als nicht geschrieben" [34]) gelten sollten. Da jedoch für die auflösende Bedingung in dieser Hinsicht kein Ausnahmesatz aufgestellt worden ist, ist anzunehmen, daß man auch im auflösend bedingten Rechtsgeschäfte ein einheitliches Rechtsgeschäft sah.

Weiterhin kann man aus § 196 des ersten Entwurfs entnehmen, welchen Standpunkt der erste Entwurf hinsichtlich der Frage nach dem Wesen der auflösenden Bedingung eingenommen hat. § 196 bestimmte:

„Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins errichtet worden ist."

Auch diese Bestimmung hat zur Grundlage die Auffassung des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts als eines einheitlichen Ganzen. Denn der Kläger hat stets nur die sog. „klagbegründenden Tatsachen" [35]) zu beweisen, d. h. die Tatsachen, „welche im konkreten Falle erforderlich sind, um den Anspruch als rechtlich begründet erscheinen zu lassen" [36]). Würde man der Auffassung folgen, daß das auflösend bedingte Rechtsgeschäft in ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein damit verbundenes aufschiebend bedingtes Nebengeschäft zerfalle, so würden als klagbegründend nur die Tatsachen angesehen werden können, aus denen sich das wirksame Entstehen des Hauptvertrages ergeben würde. Denn würde der Beweis dieser Tatsachen gelingen, so wäre der Anspruch des Klägers rechtlich begründet. Der aufschiebend bedingte Nebenvertrag hätte, wie Wollstadt mit Recht bemerkt [37]), auf die Entstehung des Anspruches keinerlei Einfluß. Erst mit dem Eintritte der Bedingung würde er sich als rechtshindernde Tatsache geltend machen und

---

[34]) Bothe a. a. O. S. 18.
[35]) Enneccerus I § 207 II S. 583.
[36]) Wollstadt a. a. O. S. 25.
[37]) Wollstadt a. a. O. S. 27.

demnach als solche vom Beklagten zu beweisen sein [38]). Demnach könnte der Regelung der Beweislast, wie sie in § 196 des ersten Entwurfs getroffen worden ist, niemals die Auffassung zugrunde liegen, das auflösend bedingte Rechtsgeschäft zerfalle in ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein damit verbundenes aufschiebend bedingtes Nebengeschäft. Wohl aber würde der Regelung der Beweislast, wie sie in § 196 erfolgt ist, als Grundlage die Auffassung vom Wesen des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts als eines einheitlichen Ganzen dienen können [39]). § 196 des ersten Entwurfes hat also nur dann einen rechten Sinn, wenn man annimmt, daß er auf der Einheitstheorie fußt.

Im zweiten Entwurfe sind allerdings die §§ 139, 196 des ersten Entwurfs weggefallen. Hieraus jedoch den Schluß zu ziehen, das Bürgerliche Gesetzbuch stehe nicht mehr auf dem Standpunkte der Einheitstheorie, wäre verfehlt. Aus den Protokollen geht vielmehr hervor, daß das Gegenteil der Fall ist. Den Wegfall des § 139 des ersten Entwurfs begründen die Protokolle folgendermaßen:

„Es sei nicht erforderlich, die im § 139 ausgesprochene Rechtsfolge im Gesetze ausdrücklich hervorzuheben. Sie ergebe sich, und zwar auch für die auflösende Bedingung, aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäfts, bei welchem die Bedingung mit dem Rechtsgeschäfte untrennbar verbunden sei, sie lasse sich ebenso aus § 114 (dem jetzigen § 139) ableiten. Es müsse besorgt werden, daß der Rechtsgedanke des § 114 (139) verdunkelt werde, wenn die Bestimmung des § 139 neben dieser Vorschrift erhalten bleibe.“ [40])

§ 196 ist wie alle übrigen Vorschriften des ersten Entwurfs über die Beweislast nur weggefallen, da es sich nicht empfehle, „in den noch unausgetragenen Streit über die Beweislastverteilung bei der Resolutivbedingung durch eine gesetzliche Bestimmung einzugreifen“ [41]).

Schließlich spricht für die Einheitstheorie die Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die auflösende Bedingung der aufschiebenden, die nach allgemeiner Ansicht mit dem übrigen Inhalte des Rechtsgeschäfts ein einheitliches Ganzes bildet, stets „in sachlich gleichartiger, formal paralleler Behandlung an die Seite stellt“ [42]).

---

[38]) Wollstadt a. a. O. S. 27.
[39]) Näheres bei Wollstadt a. a. O. S. 28.
[40]) Mugdan a. a. O. S. 764.
[41]) Mugdan a. a. O. S. 816.
[42]) Klasen a. a. O. S. 29.

Die Feststellung, daß dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur die Einheitstheorie entspricht, enthält jedoch noch keine Entscheidung der Frage, ob der Eintritt der Bedingung auch dann seine Wirkung äußert, wenn das Vertragsobjekt bereits vorher zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist.

Allerdings bestimmt der mehrfach erwähnte § 158 II BGB. unterschiedslos für alle Fälle, daß mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endet. Dem Wortlaute des § 158 II würde es daher entsprechen, wenn man annehmen würde, daß auch im Falle eines vorherigen Unterganges bzw. einer vorherigen Verschlechterung des Vertragsobjektes die Wirkung des Vertrages mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung endet. Kann man aber nicht sagen, daß die Auflösung eines Vertrages wenigstens nach dem Untergange des Vertragsobjekts ebenso unmöglich sei, wie nach § 306 BGB. die Entstehung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages ausgeschlossen ist?

Diese Frage wird verschiedentlich bejaht, so von Kuhlenbeck, Matthiaß und Staudinger-Kober.

Kuhlenbeck sagt: „Bei der auflösenden Bedingung trägt der Käufer vom Augenblicke der Übergabe an die Gefahr, da der Kauf perfekt und erfüllt ist. Der Eintritt der Bedingung ist nach dem Untergange der Kaufsache unwirksam, da ein essentiale negotii nicht mehr vorliegt.“ [43])

Ebenso wie Kuhlenbeck entscheiden Staudinger-Kober: „Bei auflösend bedingtem Vertragsabschlusse kommt nach der Übergabe § 446 natürlich voll zur Geltung, da ja der Vertrag durchweg erfüllt ist. Der Eintritt der Bedingung muß nach Untergang der Kaufsache hier unwirksam sein, da ein essentiale negotii nicht mehr vorliegt.“ [44])

Ähnlich wie die Vorhergenannten sagt Matthiaß: „Bei der auflösenden Bedingung geht die Gefahr mit der Übergabe über, der Käufer ist also zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn während der Schwebe der Bedingung die Sache zufällig untergeht. Nach Untergang der Sache kann Erfüllung der Bedingung nicht mehr eintreten, da ein wesentliches Element des Kaufs fehlt.“ [45])

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, die oben aufgeworfene Frage zu verneinen. Bereits hervorgehoben worden ist, daß nach

---

[43]) Kuhlenbeck Bd. I § 446 Anm. 1 S. 371.
[44]) Staudinger-Kober II, 2 § 446 Anm. 3 b S. 89.
[45]) Matthiaß I § 109 I.

§ 158 II BGB. unterschiedslos in jedem Falle, also auch im Falle, daß das Vertragsobjekt bereits untergegangen ist, der Eintritt der auflösenden Bedingung die an ihn geknüpfte Wirkung äußert. Allerdings könnte das Gesetz für einzelne Fälle auch eine von der allgemeinen abweichende Regelung treffen. Eine Bestimmung des Inhalts, ein Vertrag sei dann unauflösbar, wenn sein Objekt untergegangen ist, enthält das Bürgerliche Gesetzbuch indessen nicht. Wohl aber kennt das Gesetz Fälle, in denen die Rechtsfolgen des Vertrages hinwegfallen, trotzdem das Vertragsobjekt bereits untergegangen ist, also überhaupt nicht mehr existiert. So wird nach § 350 BGB., auf den die §§ 327, 467, 634 verweisen, der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Wenn aber das Rücktrittsrecht durch den Untergang der vom Rücktrittsberechtigten empfangenen Sache nach § 350 BGB. nicht ausgeschlossen wird, so kann dies bei der auflösenden Bedingung, die den Geschäftsbestand doch stärker beeinflußt, nicht wohl anders sein [46]).

Für den auflösend bedingten Kaufvertrag folgt daraus, daß seine Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung stets, also auch dann endet, wenn die Kaufsache bereits vorher untergegangen oder verschlechtert worden ist [47]). Dies bedeutet, daß die Parteien vom Zeitpunkte des Bedingungseintritts an zum Austausch der vertragsmäßigen Leistungen nicht mehr verpflichtet sind und daß nun in der Regel die bereits vollzogenen Leistungen für die Zukunft ihre causa verlieren und sich daher ohne Rechtsgrund im Vermögen des Empfängers befinden. Im letzteren Falle ist der Empfänger des Gegenstandes um diesen ungerechtfertigt bereichert und infolgedessen auch zur Rückgabe desselben verpflichtet. Inhalt und Umfang dieser Rückgabepflicht richten sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, allerdings nur regelmäßig, nicht immer. Denn es ist möglich, daß im Einzelfalle der Rückgabeanspruch auf einem absoluten Rechte (z. B. Eigentum) fußt und auf Grund dieses Rechts geltend gemacht wird [48]). In diesem Falle würde die Rückgabepflicht des Empfängers den Vorschriften über den Anspruch aus dem absoluten Rechte untertehen, vorausgesetzt allerdings, daß solche

---

[46]) Kluckhohn a. a. O. S. 131; Klasen a. a. O. S. 39 f.; Oertmann in Ehrenbergs Handb. § 61 c β S. 431; Dernburg-Raape II, 2 § 174 Anm. 19 S. 33; Stern a. a. O. S. 99; Benjamin a. a. O. S. 34.

[47]) Achilles-Greif Vorbem. vor § 444 S. 231.

[48]) Näheres hierüber später.

Vorschriften existieren. Keinesfalls jedoch können auf den Rückgabeanspruch die vom Gesetz für den Kaufvertrag aufgestellten Vorschriften zur Anwendung gelangen. Denn die Voraussetzung hierfür, die Existenz eines wirksamen Kaufvertrages, fehlt.

Die Anwendbarkeit der Vertragsvorschriften auf die nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung etwa entstehenden Rückgabepflichten der Parteien wird allerdings von Muskat bejaht. Zwar ist auch Muskat der Ansicht, daß mit dem Eintritte der Bedingung für die Zukunft der frühere Rechtszustand wieder eintritt, d. h. also daß im Falle des bereits vollzogenen Austausches der vertragsmäßigen Leistungen der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache, letzterer dem ersteren den Kaufpreis zurückgeben müssen [49]). Muskat sagt aber nun: „Das Verhältnis ist so zu beurteilen, wie wenn die Parteien sich durch den Vertrag selbst verpflichtet hätten, einander die auf Grund desselben gemachten Leistungen zurückzugewähren." Hieraus folgert Muskat, daß der Käufer, insoweit die Rückgabe der Sache durch Zufall unmöglich geworden sei, nach § 275 BGB. von der Rückgabepflicht frei sei. Da er aber die Gefahr trage, verliere er nach § 323 BGB. den Anspruch auf die Gegenleistung des Verkäufers bzw. auf einen der Verschlechterung der Sache entsprechenden Teil der Gegenleistung, m. a. W. der Verkäufer werde von der Verpflichtung zur Rückerstattung des Kaufpreises oder eines Teiles frei. Wenn aber der Kaufpreis noch nicht ganz bezahlt sei, so, meint Muskat, könne der Verkäufer mit demselben Rechte, mit dem er den empfangenen Kaufpreis behalten dürfe, den noch rückständigen nachfordern. Die Beendigung der Kaufwirkungen stehe dem nicht entgegen. Denn sie wäre — vom Moment der Mißbilligung ab — doch eben nur für die Zukunft erfolgt, während die bis dahin eingetretenen Wirkungen des Kaufvertrages auch fernerhin geltend gemacht werden könnten. Habe der Käufer das Kaufgeld gezahlt, es aber vor der Rückgabe der Sache zurückerhalten, so könne der Verkäufer es nach § 323 III BGB. nochmals von ihm fordern. Das Ergebnis sei also, abgesehen von dem Falle, daß die Parteien Rückziehung vereinbart haben sollten, dies, daß der Käufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der übergebenen Sache zu tragen habe [50]).

---

[49]) Muskat a. a. O. S. 213 f.

[50]) Ähnlich wie Muskat vertritt Altsmann (a. a. O. S. 107), allerdings nur für den Fall, daß die Kaufsache vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen ist, den Standpunkt, daß der Käufer trotz Bedingungseintritts den gezahlten Kaufpreis vom Verkäufer nicht zurückfordern könne. Gründe für die Richtigkeit seiner Ansicht führt Altsmann jedoch nicht an.

Die Ansicht Muskats ist indes abzulehnen. Sie würde allerdings ihrem Ergebnis nach richtig sein, wenn man im auflösend bedingten Vertrage zwei Verträge, einen unbedingten Hauptvertrag und einen auf Wiederaufhebung der Wirkungen des Hauptvertrages gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenvertrag erblicken und diese Auffassung auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegen würde. Letzeres ist jedoch nicht der Fall. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche bildet vielmehr die auflösende Bedingung mit dem übrigen Inhalt des Rechtsgeschäfts ein einheitliches Ganzes. Mit ihrem Eintritte endet, wie § 158 II BGB. sagt, die Wirkung des Rechtsgeschäfts, d. h. für die Zukunft erlöschen sämtliche bereits eingetretenen Rechtsfolgen des Vertrages und können neue Rechtsfolgen auf Grund des Vertrages nicht mehr eintreten. Daher kann auch von einer Anwendbarkeit des § 323 BGB. nach dem Bedingungseintritt keine Rede sein [51]). Denn auch § 323 gehört zu den Vorschriften, welche die Rechtsfolgen eines Kaufvertrages festlegen, hat also zu seiner Anwendbarkeit die Existenz des Kaufvertrages zur Voraussetzung. Und ebenso wie § 323 sind auch die diesen Paragraphen voraussetzenden §§ 446, 447 nur so lange anwendbar, als der Kaufvertrag existiert, also nicht mehr dann, wenn die auflösende Bedingung eingetreten und die Wirkung des Kaufvertrages für die Zukunft erloschen ist. Dies bedeutet aber, daß von einer Gefahrtragung im technischen Sinne stets nur so lange die Rede sein kann, als der Kaufvertrag existiert, also nicht mehr dann, wenn die auflösende Bedingung eingetreten ist und sie die Rechtsfolgen des Vertrages beseitigt hat [52]). Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht Endemanns abzulehnen.

Endemann sagt: „Geht jetzt (d. h. nach der Übergabe) die Sache zufällig unter, so hat der Käufer den Nachteil zu tragen und er muß den Preis bezahlen. Denn das ist der Sinn der Gefahrtragung. Dabei bleibt es auch, wenn nachträglich die auflösende Bedingung eintritt, es sei denn, daß nach § 159 eine andere Abrede getroffen ist.“ [53])

---

[51]) Unrichtig ist daher die Ansicht Benjamins (a. a. O. S. 34), daß der Käufer von der Entrichtung des Kaufpreises nach § 323 BGB. befreit werde. Wie hier: Plancks Komm. II, 2 § 446 Anm. 2 c β S. 677; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Endemann I § 159 a Anm. 24 S. 947; Fröhlich a. a. O. S. 33; Titze a. a. O. S. 259; Stern a. a. O. S. 97; Wollstadt a. a. O. S. 53; Kisch a. a. O. S. 67; Hartzem a. a. O. S. 23 f.

[52]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 88 f.; Stern a. a. O. S. 97; Kluckhohn a. a. O. S. 128 f.; Klasen a. a. O. S. 38.

[53]) Endemann I § 157 a Anm. 10 S. 917. An anderer Stelle (Bd. I

Im einzelnen gestaltet sich nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung die Rechtslage folgendermaßen:

Die durch den Kaufvertrag begründeten Pflichten der Parteien fallen für die Zukunft weg. Ist daher der Kaufgegenstand eine Sache, so ist der Verkäufer nun nicht mehr verpflichtet, dem Käufer diese Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen, und der Käufer nicht mehr verpflichtet, dem Verkäufer die Sache abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen.

Der Wegfall der kaufvertraglichen Pflichten hat zur Folge, daß die Parteien nunmehr die auf Grund des Kaufvertrages einander geleisteten Gegenstände voneinander zurückverlangen können. Der Käufer kann also, wenn er vor Bedingungseintritt den Kaufpreis an den Verkäufer bereits gezahlt hat, nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung diesen vom Verkäufer zurückfordern, während dem Verkäufer im Falle, daß der Käufer vor Bedingungseintritt die Kaufsache erhalten hat, ein Anspruch auf Rückgabe der Kaufsache vom Eintritt der auflösenden Bedingung an zusteht.

Beim Rückgabeanspruch des Verkäufers ist zu unterscheiden, ob der Käufer vor Bedingungseintritt bereits Eigentümer der Kaufsache geworden ist oder nicht, und wenn ersteres der Fall ist, ob der Käufer auflösend bedingtes oder unbedingtes Eigentum an der Sache erworben hat [54]).

Ist der Käufer (vor Bedingungseintritt) Eigentümer der Kaufsache geworden, die Übereignung aber unter der auch dem Kaufvertrage hinzugefügten auflösenden Bedingung erfolgt, so rückt der Verkäufer mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung für die Zukunft wieder in die Rechtsstellung des Eigentümers der Sache ein und bleibt dem Käufer nur der Besitz der Sache. Verkäufer und Käufer stehen also vom Zeitpunkte des Bedingungseintritts an im Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer der Sache. Dem Verkäufer stehen darum der Herausgabe- und Schadensersatzanspruch zu, welche das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 985 ff. dem Eigentümer gegen den Besitzer einer Sache gewährt [55]). Den Herausgabeanspruch kann der Verkäufer gegen den Käufer, wie bereits aus dem Wortlaute des § 985 BGB. hervorgeht, nur dann geltend machen, wenn die Kaufsache nach Bedingungseintritt überhaupt noch existiert, und nur insoweit, als sie

---

§ 159 a Anm. 24 S. 947) vertritt Endemann allerdings eine völlig entgegengesetzte Ansicht, eine Ansicht, die der hier vertretenen entspricht.

[54]) So auch Klasen a. a. O. S. 42.

[55]) Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache nicht übereignet, sondern lediglich übergeben hat.

existiert. Ist daher die Kaufsache vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen, so steht dem Verkäufer der Herausgabeanspruch des § 985 BGB. nicht zu. Ist dagegen die Kaufsache bei Bedingungseintritt zwar vorhanden, aber in verschlechtertem Zustande, so kann der Verkäufer nur diese verschlechterte Sache vom Käufer nach § 985 BGB. zurückverlangen. Einen Schadensersatzanspruch aber kann der Verkäufer gegen den Käufer nur dann erheben, wenn die Voraussetzungen, die das Gesetz für das Entstehen eines solchen Anspruches in den §§ 985 ff. aufgestellt hat, gegeben sind. Letzteres ist jedoch nicht der Fall. Denn der Käufer befindet sich beim Eintritte der auflösenden Bedingung mit der Rückgabe der Sache weder im Verzuge, noch hat er sich durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft [56]). Der Verkäufer, nicht der Käufer, trägt also nach Bedingungseintritt den Schaden, wenn die Kaufsache bereits vor Bedingungseintritt zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist.

Hat der Verkäufer dem Käufer unbedingtes Eigentum an der Kaufsache übertragen, so bleibt der Käufer auch dann Eigentümer der Kaufsache, wenn die auflösende Bedingung eintritt. Der Rechtsgrund fällt jedoch für das Eigentum des Käufers mit dem Eintritt der Bedingung fort. Der Käufer ist mithin um das Eigentum an der Kaufsache ungerechtfertigt bereichert und darum auch verpflichtet, diese nach den vom Bürgerlichen Gesetzbuche in den §§ 812 ff. aufgestellten Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung auf den Verkäufer zurückzuübertragen. Da der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache auf Grund des auflösend bedingten Kaufvertrages, also aus einem Rechtsgrunde übereignet hat, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde [57]), und da der Rechtsgrund mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung weggefallen ist, ist der Käufer zur Herausgabe der Sache so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfangs der Sache rechtshängig geworden wäre (§ 820 I, 2 BGB.). Nach § 818 IV BGB. haftet der Empfänger der Leistung vom Eintritte der Rechtshängigkeit an nach den allgemeinen Vorschriften. Diese allgemeinen Vorschriften sind enthalten in den §§ 291, 292. Nach dem hier in Betracht kommenden § 292 bestimmt sich vom Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung,

---

[56]) Vgl. §§ 990, 992 BGB.

[57]) RGRKomm. Bd. II § 812 Anm. 8 S. 505; Crome II § 320 Anm. 9; Achilles-Greiff § 820 Anm. 4 S. 423; Klasen a. a. O. S. 42.

Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten. Nach den für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer geltenden Vorschriften aber ist der Besitzer vom Eintritte der Rechtshängigkeit an für Verschulden, nicht aber auch für Zufall verantwortlich [58]). Infolgedessen haftet auch der Käufer nicht für den aus dem vor Bedingungseintritt erfolgten zufälligen Untergang bzw. der vor Bedingungseintritt erfolgten zufälligen Verschlechterung der Kaufsache dem Verkäufer bereits entstandenen und künftig vielleicht noch entstehenden Schaden, sondern er hat nur das herauszugeben, worum er noch nach Bedingungseintritt grundlos bereichert ist. Nach Bedingungseintritt aber ist der Käufer in der Regel im Falle des vorherigen zufälligen Unterganges der Kaufsache überhaupt nicht mehr, im Falle der vorherigen zufälligen Verschlechterung der Kaufsache nur um diese verschlechterte Sache grundlos bereichert und hat daher im ersteren Falle überhaupt nichts, im letzteren Falle nur die verschlechterte Sache dem Verkäufer herauszugeben [59]). Der Verkäufer, nicht der Käufer, trägt also auch hier vom Bedingungseintritte an den Schaden, wenn die Kaufsache vor dem Eintritte der auflösenden Bedingung zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist.

Geht die Kaufsache erst nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung, jedoch vor ihrer an den Verkäufer erfolgten Rückgabe und vor Geltendmachung des Herausgabeanspruchs seitens des Verkäufers zufällig unter oder wird sie in dieser Zeit zufällig verschlechtert, so gelangt man zu demselben Ergebnis aus denselben Gründen wie im Falle, daß der Untergang bzw. die Verschlechterung bereits vor Bedingungseintritt stattgefunden hat.

Nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung richtet sich in der Regel [60]) der dem Käufer gegen den Verkäufer

---

[58]) Vgl. § 989 BGB.

[59]) Zu beachten ist, daß nach § 818 I BGB. die Verpflichtung zur Herausgabe sich auch auf dasjenige erstreckt, was der Empfänger als Ersatz für die Zerstörung oder Beschädigung des erlangten Gegenstandes erwirkt. Sollte also dem Käufer ein Herausgabeanspruch für die Zerstörung oder Beschädigung der Kaufsache während der Schwebezeit entstanden sein, so müßte er diesen nach § 818 I BGB. dem Verkäufer abtreten. So auch Klasen a. a. O. S. 43.

[60]) Möglich ist, daß der Verkäufer auch nur auflösend bedingter Eigentümer des einzelnen Geldstücke bzw. -scheine ist. Dieser Fall, der wohl kaum vorkommen wird, ist ebenso zu behandeln wie der, daß Kaufvertrag und

zustehende Anspruch auf Rückgabe des vor Bedingungseintritt gezahlten Kaufpreises [61]). Denn der Kaufpreis ist vom Eintritte der auflösenden Bedingung an ohne rechtlichen Grund im Vermögen des Verkäufers, der Verkäufer also vom Bedingungseintritte an um den Kaufpreis ungerechtfertigt bereichert. Dieser Rückgabeanspruch des Käufers ist unabhängig davon, ob und in welchem Zustande der Verkäufer seinerseits die dem Käufer geleistete Kaufsache von diesem zurückerhält. Es kann, wie bereits hervorgehoben worden ist, keine Rede sein davon, daß im Falle des zufälligen Unterganges bzw. einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache der Verkäufer seinerseits nach § 323 BGB. von der Pflicht zur Rückzahlung des Kaufpreises frei werde. Denn § 323 BGB. ist unanwendbar, weil ein wirksamer Kaufvertrag, welcher die Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 323 bildet, vom Eintritte der auflösenden Bedingung an nicht mehr existiert.

Die Nutzungen, welche der Verkäufer aus dem ihm gezahlten Kaufpreis, der Käufer aus der ihm gelieferten Kaufsache in der Schwebezeit gezogen haben, verbleiben auch nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung dem, der sie gzogen hat. Denn eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund liegt auch nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung nicht vor, da der Bedingungseintritt die Rechtsfolgen des Vertrages nur für die Zukunft beseitigt. Allerdings müssen der Verkäufer wie auch der Käufer in der Schwebezeit auf Grund des Kaufvertrages berechtigt gewesen sein, die Nutzungen aus den ihnen geleisteten Gegenständen zu ziehen. Denn sonst ist der Erwerb der Nutzungen trotz der Existenz des Kaufvertrages und trotz der Nichtrückwirkung des Eintritts der auflösenden Bedingung ein ungerechtfertigter. Dem Käufer gebühren nun nach § 446 BGB. die Nutzungen der Sache erst von der Übergabe an bzw. — ist die Sache ein Grundstück — von der vor der Übergabe erfolgten Grundbucheintragung an. Der Verkäufer kann die Nutzungen aus dem Kaufpreise (in Gestalt von Zinsen) in der Regel stets von dem Zeitpunkte an ziehen, in dem er den Kaufpreis erhalten (und verzinsbar angelegt) hat. Von einem früheren Zeitpunkte an gebühren dem Verkäufer Zinsen im Falle des § 452 BGB. Denn § 452 bestimmt, daß der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, von welchem an die

---

Übereignung der Kaufsache von den Parteien auflösend bedingt geschlossen worden sind.

[61]) Planck, Komm. Bd. II, 2 § 446 Anm. 2 c β S. 677; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Dernburg-Raape II, 2 § 174 Anm. 19 S. 33; Klasen a. a. O. S. 43 f.; auch Benjamin a. a. O. S. 34.

Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist. In diesem Falle kann, wie Klasen mit Recht hervorhebt, beim zufälligen Untergange bzw. bei einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache vor dem Bedingungseintritt ein Nachteil für den Käufer insofern entstehen, „als er die Sache bis zum Bedingungseintritte entbehren muß bzw. nur eine verschlechterte in Händen hat, aus der er weniger Nutzen ziehen kann, während der Verkäufer bis zum Bedingungseintritte den vollen Zinsgenuß des Kaufpreises hat.“ [62])

Abgesehen von diesem letzterwähnten Falle erwächst im Verhältnis der Parteien zueinander aus dem zufälligen Untergange bzw. aus einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung stets dem Verkäufer ein Nachteil. Denn er verliert nicht nur sein Recht an der (fehlerfreien) Kaufsache bzw. seinen Anspruch auf Herausgabe der (fehlerfreien) Kaufsache, sondern er verliert auch den Anspruch auf den Kaufpreis und muß den bereits erhaltenen Kaufpreis dem Käufer zurückzahlen. Versteht man daher unter der Frage nach der Gefahrtragung die Frage, zu wessen Nachteil der zufällige Untergang bzw. die zufällige Verschlechterung der Kaufsache nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung im Verhältnis der Parteien zueinander ausschlägt, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Vom Eintritte der auflösenden Bedingung anträgt nicht der Käufer, sondern der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Kaufsache.

Die hier vertretene Ansicht ist die herrschende. Sie wird vertreten insbesondere auch von Klasen, Kluckhohn, Planck, Staub-Koenige, Wollstadt, Benjamin, Oertmann, Warneyer, Kisch, Enneccerus-Lehmann, Stern, Endemann, Düringer-Hachenburg, Achilles-Greiff, Soergel, Titze, Fröhlich und anderen [63]).

---

[62]) Klasen a. a. O. S. 44.

[63]) Kluckhohn a. a. O. S. 139; Klasen a. a. O. S. 45; Planck, Komm. II, 2 § 446 Anm. 2 c β S. 677; Staub-Koenige III Anh. zu § 382 S. 521; Warneyer 1 § 446 Anm. 2 S. 847; Kisch a. a. O. S. 67, auch in GrünhutsZ. a. a. O. S. 260; Endemann I § 159 a Anm. 24 S. 947; Stern a. a. O. S. 97 ff.; Fedden a. a. O. S. 26 f.; Theißen a. a. O. S. 49 f.; Benjamin a. a. O. S. 33 f.; Wollstadt a. a. O. S. 52 f.; Titze a. a. O. S. 259; Landsberg I § 127, 1 α S. 424; Emerich a. a. O. S. 44; Adler a. a. O. S. 413; Kramer a. a. O. S. 39 f.; Hartzem a. a. O. S. 21; Soergel I

Eine eingehende Begründung ihrer Ansicht läßt jedoch die Mehrzahl der hier angeführten Autoren vermissen.

O. v. Gierke, Goldmann-Lilienthal, Hanke und Müller-Meikel nehmen zur Frage nach der Gefahrtragung bei auflösend bedingten Kaufverträgen nur insoweit Stellung, als sie sagen, daß das Schweben einer auflösenden Bedingung den Gefahrübergang nicht hindere, daß also der Käufer mit der Übergabe auch die Gefahr der Sache trage [64]). Wie aber die Rechtslage beim Ausfalle und insbesondere beim Eintritte der auflösenden Bedingung zu beurteilen ist, darüber schweigen sich diese Autoren aus.

Eine Entscheidung der Frage nach der Gefahrtragung bei auflösend bedingten Kaufverträgen für den Fall, daß die auflösende Bedingung eintritt, treffen auch Fischer-Henle nicht. Denn sie führen lediglich aus, daß beim auflösend bedingten Kaufe der Käufer die Gefahr des während schwebender Bedingung eingetretenen Unterganges oder der Verschlechterung der übergebenen Sache trage, wenn die Bedingung nicht eintrete [65]).

Der herrschenden Ansicht folgen im wesentlichen Dernburg-Raape [66]). Unrichtig ist aber der von Raape aufgestellte Satz, daß beim auflösend bedingten Kauf die Gefahr trotz der Übergabe genau so wie beim aufschiebend bedingten Kauf beim Verkäufer bleibe. Zwar insoweit hat Raape recht, als er sagt, daß beim aufschiebend bedingten Kaufvertrage die Gefahr trotz der Übergabe der Sache beim Verkäufer bleibe. Denn solange der Kauf noch ein aufschiebend bedingter ist, stehen seine Rechtsfolgen noch aus und kann daher von einem Gefahrübergang, der auch nur eine Rechtsfolge des Kaufvertrages ist, keine Rede sein. Anders aber ist die Rechtslage beim auflösend bedingten Kaufvertrage. Denn hier treten die Rechtsfolgen des Kaufvertrags in der Schwebezeit bereits ein, steht also auch dem Gefahrübergang kein rechtliches Hindernis entgegen [67]).

---

§ 446 Anm. 2 S. 777; Fröhlich a. a. O. S. 33 Anm. 1; Wismeyer a. a. O. S. 71 f.; Lange a. a. O. S. 74 f.; Offermann a. a. O. S. 35; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 88 f.; Enneccerus-Lehmann II § 103 Anm. 8 S. 353; Oertmann in Ehrenbergs Handb. § 61 c β S. 431, in Kommentar II, 2 § 446 Anm. 6 b β S. 562.

[64]) O. v. Gierke III § 192 Anm. 70 S. 447; Goldmann-Lilienthal I S. 482 Nr. 8; Hanke a. a. O. § 5 IV, 2 S. 22; Müller-Meikel I § 113 S. 398; auch RGRKomm. II § 446 Anm. 4 S. 44.

[65]) Fischer-Henle § 446 Anm. 3 S. 351.

[66]) Dernburg-Raape II, 2 § 174 Anm. 19 S. 33.

[67]) Die von Kipp (-Windscheid) bezüglich der Frage nach der Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen vertretene Ansicht ist bereits im zweiten Kapitel angeführt und widerlegt worden.

Auch beim auflösend bedingten Kaufvertrage können die Parteien eine von der gesetzlichen abweichende Regelung der Gefahrtragung treffen[68]). Planck ist nun der Ansicht, daß eine Vereinbarung der Parteien im Sinne des § 159 BGB. zu einem anderen Ergebnis auch bei der Frage nach der Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kaufvertrage (für den Fall des Bedingungseintritts) führen könne[69]). Diese Ansicht ist jedoch unrichtig. Denn wenn die Parteien vereinbaren, daß die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Rechtsfolgen auf einen früheren Zeitpunkt, z. B. den der Übergabe, zurückbezogen werden sollen, so sind sie im Falle des Eintritts der Bedingung nach § 159 BGB. verpflichtet, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkte, also in dem Zeitpunkte der Übergabe, eingetreten wären. Wären aber die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen im Zeitpunkte der Übergabe eingetreten, so hätten von diesem Zeitpunkte an der Käufer den Kaufpreis mit den daraus gezogenen Zinsen und der Verkäufer die Kaufsache samt den Nutzungen behalten. Der Verkäufer ist infolgedessen nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung nicht nur nicht mehr berechtigt, den Kaufpreis zu verlangen, sondern er muß auch den bereits erhaltenen Kaufpreis zuzüglich der von ihm gezogenen Nutzungen dem Käufer zurückerstatten, während der Käufer, der nun auch nicht mehr die Kaufsache fordern kann, die bereits erhaltene Kaufsache samt den Nutzungen dem Verkäufer zurückgeben muß. Ist aber die Kaufsache bereits zufällig untergegangen oder verschlechtert worden, so wird der Käufer von seiner Rückgabepflicht ganz bzw. teilweise frei, und zwar nach § 275 BGB.[70]). Denn die von den Parteien getroffene, unter § 159 BGB. fallende Vereinbarung hat ein Schuldverhältnis zwischen ihnen begründet, und dieses Schuldverhältnis unterliegt den vom Gesetz für alle Schuldverhältnisse aufgestellten Vorschriften. Zu diesen Vorschriften gehört aber auch § 275 BGB. Allerdings könnte man sagen, daß ebenso wie § 275 auch § 323 anwendbar und daher der Verkäufer im Falle des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung der dem Käufer übergebenen Kaufsache auch seinerseits von der Pflicht, den erhaltenen Kaufpreis zuzüglich der daraus gezogenen Nutzungen dem Käufer zurückzu-

[68]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 88; Endemann I § 159 a Ziff. 4; Klasen a. a. O. S. 48.

[69]) Planck II, 2 § 446 Anm. 2 c β S. 677. Wie Planck auch Benjamin (a. a. O. S. 34 f.) und Theißen (a. a. O. S. 51 f.).

[70]) Klasen a. a. O. S. 46.

erstatten, befreit sei. § 323 BGB. ist jedoch unanwendbar. Denn das synallagmatische Verhältnis der Parteien ist durch den Eintritt der auflösenden Bedingung gelöst worden und die von den Parteien nach Bedingungseintritt zu vollziehenden Leistungen sind ihrem Bestande nach voneinander unabhängig.

Die Tatsache, daß durch den Eintritt der auflösenden Bedingung das synallagmatische Verhältnis der Parteien gelöst worden und damit die Voraussetzung der Entstehung der Frage nach der Gefahrtragung im technischen Sinne weggefallen ist, verbietet uns, die Frage nach der Gefahrtragung im technischen Sinne für den Fall aufzuwerfen, daß die Parteien Rückziehung vereinbart haben. Versteht man aber unter der Frage nach der Gefahrtragung auch hier nur die Frage, zu wessen Nachteil der zufällige Untergang bzw. die zufällige Verschlechterung der Kaufsache nach dem Eintritte der auflösenden Bedingung im Verhältnis der Parteien zueinander ausschlägt, so gelangt man auch hier zu dem Ergebnis, daß der Verkäufer, und nicht der Käufer, die Gefahr des Unterganges wie auch die der Verschlechterung der Kaufsache trägt [71]).

Auf den Kauf von Rechten, die nicht unter § 451 BGB. fallen, finden nicht die Vorschriften der §§ 446, 447 BGB., sondern die des § 323 BGB. Anwendung. Im übrigen gilt für solche Kaufverträge, sind sie auflösend bedingt geschlossen worden, das im Vorhergehenden für den Kauf von (individuell bestimmten) Sachen Gesagte.

---

[71]) Kisch a. a. O. S. 67; Hartzem a. a. O. S. 23; Klasen a. a. O. S. 47; Lange a. a. O. S. 74.

Lebenslauf.

Am 21. Juni 1907 wurde ich in Nikolai (Kreis Pleß) als Sohn des Oberpostsekretärs Heinrich Gerber geboren. Ich bin Preuße und katholischer Konfession. Von Ostern 1913 bis Ostern 1917 besuchte ich die Volksschule und daraufhin bis Juli 1921 das Progymnasium meiner Vaterstadt, von August 1921 bis Juni 1922 das Gymnasium zu Ohlau und von Juni 1922 das St. Matthias-Gymnasium zu Breslau, wo ich Ostern 1926 das Abiturientenexamen bestand. Ich studierte dann 7 Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 20. Februar 1931 bestanden.

Walter Gerber.